

1,7.

CORSO ELEMENTARE

DI

DRITTO CIVILE FRANCESE

TOMO III.

CORSO ELEMENTARE

DI

DRITTO CIVILE FRANCESE

OSSIA

SPIEGAZIONE TEORICO-PRATICA DEL CODICE CIVILE

PER

V. MARCADÉ

AVVOCATO AL CONSIGLIO DI STATO ED ALLA CORTE DI CASSAZIONE, AVVOCATO DEL MINISTERO DELL' INTERNO



VERSIONE ITALIANA ESEGUITA SULLA 4. EDIZIONE DI PARIGI

Corretta, aumentata e notabilmente migliorata dall'autore

COLL'AGGIUNTA DEL CONFRONTO DELLE LEGGI PATRIE E DI VARIE ALTRE NOTE RIGUARDANTI LA LEGISLAZIONE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

PER

LUIGI LOGATTO

TOMO III.

NAPOLI

CAV. GAETANO NOBILE — TOMM. GUERRERO E C.I

COEDITORI

1857

LIBRO TERZO

DE' DIFFERENTI MODI D' ACQUISTARE LA PROPRIETÀ.

TITOLO II.

Delle donazioni tra vivi e de' testamenti.

CAPITOLO V.

DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE.

1. Dopo essersi occnpato simultaneamente delle Donazioni e dei Testamenti ne' primi tre capitoli di qnesto titolo ed aver esclnsivamente consacrato il capit. IV alle donazioni, il Codice tratta specialmente nel Cap. V delle disposizioni testamentarie.

Qnesto capitolo è diviso in otto sezioni.

Le dne prime son consacrate *alla forma* de' testamenti (l' una pe' testamenti ordinarl, l'altra pe' privilegiati) — La sezione III presenta la triplice classificazioue de' legati in *universali*, *a titolo universale* e *a titolo particolare*; e te tre segnenti, IV, V e VI, trattano separatamente di queste tre classi. — La sezione VII si occnpa degli *esecutori testamentari*.—La sezione VIII da ultimo prevede la rivocazione de' legati e la loro caducità.

SEZIONE I.

Delle regole generali sulla forma de' testamenti

2. Sembra impossibile ginstificare interamente questa rubrica, qualunque senso si dia alle parole *Regole generali*. Dappoichè se s' intenda delle regole *comuni* a tutti i testamenti, eziandio a quelli privilegiati, ciò sarà falso per la maggior parte degli articoli della sezione, stantechè niuna applicazione ànno le loro regole a questi testamenti privilegiati; se s' intenda delle regole *ordinarie*, di quelle a cui è fatta eccezione pe' testamenti privilegiati, sarà falso per gli art. 967 e 968—892 e 893, nercecchè le loro disposizioni evidentemente si applicano ad ogni testamento qnale che sia. La verità è che la nostra sezione contiene a un tempo alcnne regole comnni a tutti i testamenti e delle regole applicabili soltanto ai testamenti ordinarl (Vedete più giù i numeri 60 e 79).

967. [892]. — Qualunque persona, potrà disporre per testamento, sia sotto il titolo d'istituzione d' erede, sia sotto il titolo di legato, sia sotto ogni altra denominazione idonea a manifestar la sua volontà (1).

3. Egli è risapnto che a Roma e nelle nostre antiche province di dritto scritto faceva dnopo che il defunto avesse istituito un erede propriamente detto perchè le sue disposizioni testamentarie fossero valide, e che, senza l' istituzione, non v' era testamento. Era qnesta la prima *formalità* da adempiere: *ante omnia requirendum est*, dicea Gaio, *an institutio haeredis solemni more facta sit* (Comm. II,116). Al contrario, le nostre consuetudini francesi, ricusando alla volontà dell'nomo il dritto di far degli eredi, ginngeano talvolta fino a dichiarare nulla qualunqne disposizione d'ultima volontà, sol perchè fatta *nella forma* d' istituzion d' erede; e l' istituzione non valea tampoco come semplice legato: *ne quidem in vim legati*.

4. Il Codice, rigettando nella sostanza la regola del dritto romano per seguir quella del nostro dritto nazionale, lascia piena latitndine in quanto alla forma. Così, per la sostanza, l' art· 1002 — 928 dichiara, conformemente al dritto consnetudinario, che un testamento non può contenere se non dei legati, e che, qnalunque sia la denominazione data dal defunto a coloro che chiama, qnesti saranno sempre semplici legatarl e non mai eredi; circa alla forma il nostro art. 967 dichiara che un testamento potrà farsi non men validamente sotto il titolo *d' istituzion d' erede* che sotto il titolo di *legato*.

Non si contenta il Codice di dar la scelta fra queste due espressioni; lascia, abbiam detto, per rispetto all' uso de'termini, la maggior latitudine: ciascuno può testare *sotto qualunque*

(1) Questi due articoli non presentano tra loro niuna differenza. *Il Trad.*

denominazione atta a manifestare la sua volontà. Pertanto, che il testatore abbia detto: *Istituisco N. erede*, ovvero *Fo N. legatario de' miei beni*, o *Dono a N. ciò che lascerò morendo*, o *Voglio che N. abbia la mia fortuna dopo di me*, o *è mio desiderio che N. raccolga la mia successione*; a dir breve quali che sieno i termini adoperati dal defunto e per quanto irregolare o bizzarra esser possa la scelta o la disposizione di questi termini, vi sarà sempre testamento valido (salvo, beninteso, l'adempimento delle altre regole), sol perchè l'atto indicherà l'attribuzione che il defunto à voluto che si facesse dopo la sua morte di tutti o di parte de' suoi beni (art. 895 — 815).

968. [893]— Un testamento non potrà esser fatto nello stesso atto da due o più persone, sia a favor di un terzo, sia a titolo di disposizione reciproca e mutua (1).

5. Le difficoltà a cui davan luogo i testamenti congiuntivi ne avean fatta pronunziare l'interdizione dall'ordinanza del 1735, e il Codice à con ragione riprodotto nel nostro articolo questo divieto dell' ordinanza.

In fatti, quando più persone si accordano per fare il loro testamento in un solo e medesimo atto, àvvi ogni luogo a credere che la disposizione dell' una sia stata determinata da quella dell' altra. Se io lego a voi la mia fortuna nell' atto col quale voi a me legate la vostra, fuor di dubbio il legato che io fo determina voi a farmene uno simile; ed all' incontro, se io lascio i miei beni a Pietro con l'atto in cui voi dichiarate di lasciare i vostri a Paolo, l'unità d' atto dee far pensare che noi ci siamo intesi per fare la tale o tal disposizione de' nostri due patrimoni: se testiamo entrambi a favor di Luigi, gli è che la nostra comune intenzione è di riunire le due nostre fortune su un medesimo capo. Ogni qualvolta, insomma, più testamenti son fatti in un medesimo atto, è presumibile che vi è stata combinazione di volontà, convenzione tra i disponenti; per guisa che l' uno non avrebbe fatta la sua disposizione, se l'altro non avesse consentita quella che l'accompagna. Ora a qual regola dovrà il legislatore sottomettere questo testamento congiuntivo?.....Se dichiara (come faceva il parlamento di Parigi) che l'uno de' testatori non potrà rivocare senza intendersi cogli altri, andrà contro la natura del testamento, il quale dev' esser sempre rivocabile a talento del disponente. Se dice (come il parlamento di Grenoble) che ciascun testatore resterà libero di rivocare senza alcuna condizione, autorizzerà la frode e la violazione della fede promessa.... In conseguenza, il Codice riproduce la disposizione dell' ordinanza e pone come seconda regola di forma il divieto del testamento congiuntivo. « Facea mestieri, fu detto nella sposizione de' motivi, interdire una forma incompatibile, sia con la buona fede, sia con la natura de' testamenti. »

6. Soventi fiate si è spiegato il nostro articolo con questa idea che, dovendo il testamento esser fatto con una intera libertà da parte del disponente, il legislatore avea interdetto il testamento congiuntivo, perocchè ciascun disponente vi si trova sottomesso all'influenza dell'altro (Toullier, V — 346; Vazeille, n.[i] 1 e 2; Demante, II — 341). Ma è una spiegazione inesatta; da che la donazione dee pure essere l'opera del solo donante, e tuttavia possono farsi congiuntivamente in uno stesso atto più donazioni .... Laonde nella revocabilità assoluta del testamento vuolsi cercar la causa della disposizione del nostro articolo. E la pruova si è che, quando le donazioni divengono rivocabili a posta de' disponenti, quando son fatte tra coniugi (art. 1096 — 1050), in questo caso il Codice vieta del pari di farle congiuntivamente (art. 1097 — 1051). E poi si è veduta la sposizione de' motivi.

969. [894].—Un testamento potrà essere olografo, o fatto per atto pubblico, o nella forma mistica (2).

7. Il Codice, allontanandosi qui e dal dritto romano e dal consuetudinario e dall'ordinanza del 1735, ammette tre specie di testamenti; olografo, pubblico, e mistico; nelle quali tutte è necessario un atto scritto; e lo è altresì pe' testamenti privilegiati, come si vedrà nella sezione seguente.

Questa scrittura non è richiesta soltanto per la pruova dell'ultima volontà, ma per la forma dell' atto, forma senza la quale il testamento non à più esistenza legale. Sicchè, quando anche si trattasse d'un legato di meno di 150 fr., questo legato sarebbe e resterebbe nullo, se fosse stato fatto verbalmente o in ogni altra forma, tranne quelle dalla legge indicate: non si potrebbe mai ne' provarne l'esistenza con testimoni, come pei contratti ordinari (art. 1341), ne' completare con la pruova testimoniale il principio di pruova scritta che aver si potesse (per esempio nel caso d'un testamento regolare, ma incomprensibile per troppa oscurità, non si potrebbe stabilir con testimoni quale sia stata la volontà del defunto). Così ancora, quandanche una persona pretendesse che il defunto le à fatto il tale legato e che, se non lo à scritto, è a causa della promessa formale fatta dal suo erede di eseguir la vo-

(1 e 2) Questi due articoli non presentano tra loro niuna differenza. *Il Trad.*

lontà di lui, nulla potrebbe reclamare questa persona: infatti da un canto non èvvi testamento e da un altro la promessa fatta dall' erede non può produrre un'obbligazione valida, posciachè costituisce una convenzione in una successione non aperta (art. 1130).

8. L'ordinanza del 1539 (art. 111) e una decisione del 25 pratile anno XI esigono che gli atti notarili relativi sia a' testamenti, sia a' contratti, sieno distesi in francese: questa regola adunque s'applicherà a'testamenti pubblici e alla *soscrizione* del testamento mistico (art. 976 — 902). Circa al *testamento* mistico e all' olografo, nulla impedisce che sieno scritti in idiomi stranieri.

970. [895].— Il testamento olografo non sarà valido, se non è scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore; esso non è sottoposto a verun' altra forma (1).

SOMMARIO.

I. Innanzi tutto, è duopo che l'atto costituisca un testamento. Del resto, trattasi della validità soltanto rispetto alla forma.
II. Della scrittura. Una parola sola di mano aliena vizia il testamento, quando ne fa parte. Poco monta su che e come sia scritto il testamento.
III. Della data. È costituita dall' indicazione dell' anno, del mese e del giorno: dissenso dal Coin-Delisle. — Poco importa ove sia messa la data: dissenso dal Toullier. — *Quid* allorchè la data si trovi incompleta o inesatta.
IV. Della firma. Basta quella che il testatore usava porre a' suoi atti civili.
V. Il testamento può farsi con lettera missiva. — Osservazione sulle postille.
VI. Forza probante del testamento olografo.

I. — **9.** Il Codice, riproducendo la regola dell' ordinanza del 1735 (art. 20), permette qui il testamento *olografo* (da *grafo*, scrivere e *olos*, intero) ed esige per la sua validità tre condizioni: debb' essere tutto quanto *scritto* dal testatore e da lui *datato* e *sottoscritto*. Prima d'occuparci delle difficoltà a cui queste condizioni possono dar luogo, facciamo due osservazioni importanti.

La legge ci dice o almeno risulta *a contrario* dal suo testo che mercè le condizioni richieste *il testamento* olografo *è valido*; dunque anzi tutto fa mestieri che vi sia un testamento; cioè una disposizione di tutti o di parte de'beni che altri lascerà *morendo*: non dice il Codice che *ogni atto* scritto, datato o sottoscritto dal suo autore *sarà un testamento valido*; ma dice che *ogni testamento* scritto, datato e sottoscritto dal suo autore *sarà valido*. — Il punto di sapere se un atto è o non è un testamento, se il suo autore à voluto o no disporre de' beni che lasciasse alla sua morte, potrà spesso essere impaccevole, perchè il defunto non avrà abbastanza spiegato il suo pensiero, ma sarà sempre una quistione di fatto, che i tribunali dovrau decidere a tenore del complesso delle circostanze, e la decisione della quale non potrà mai dar luogo alla censura della Corte suprema. Se il defunto, nello stender l' atto scritto, datato e sottoscritto da lui à avuto in mente di testare, àvvi in realtà testamento, e testamento in buona forma; se tale non è stata la sua intenzione, è chiaro che testamento non àvvi (1).

10. Il secondo punto che vogliamo far qui rilevare è di una verità evidente e basta pure indicarlo. Gli è che la triplice condizione di essere scritto, datato e sottoscritto dal testatore non assicura la validità del testamento olografo che *in quanto alla forma*, o lascia intatto le quistioni di capacità del disponente, di disponibilità de'beni legati, ecc.

II. — **11.** Per essere in buona forma, il testamento olografo debb'essere scritto per intero di mano del testatore: una parola sola, che faccia parte del testamento e che sia di mano aliena trarrebbe la nullità dell'atto, perocchè questa parola, in effetti, darebbe luogo a temere che l'atto non fosse l'opera della sola volontà del testatore.

Onde una parola scritta da un terzo vizi il testamento, bisogna, dicevamo, che faccia parte del testamento. Senza dubbio non è necessario che la si trovi in esso il corpo dell'atto: produrrebbe del pari la nullità, se messa in interlinea o in postilla, qualora fosse un degli elementi costitutivi della frase, a cui si riferisce: allora, infatti, farebbe parte del testamento, e non si potrebbe più dire che questo fosse scritto *intero* di mano del testatore. Ma se alquante parole o anche più frasi scritte di mano aliena sull'atto testamentario non facessero parte del testamento e questo fosse completo e intero senza di quelle, è chiaro che la loro presenza non nocerebbe punto alla sua validità; chè la circostanza d'essere il mio testamento, dopo la sua confezione, venuto a mano di un terzo, il quale s'è avvisato di scrivervi alcune parole (vuoi macchinalmente, vuoi all'uopo forse di renderlo senza effetto) non può impedirmi di aver fatto e di conservare un testamento valido; ciò che allora costituisce *il testamento* è veramente *scritto per intero* di mia mano. Ad ogni modo, il punto di sapere se le parole scritte da un terzo facciano o no parte del testamento sarebbe una quistione di fatto abbandonata all'estimazione de'magistrati.

Tosto che il testamento è scritto per intero di mano del testatore, la prescrizione della legge è adempiuta, e l'atto è valido, in qua-

(1) V. Rig. 6 term. anno XII; rig. 5 febb 1823; cass. 21 mag. 1833.

lunque modo e su qualunque sostanza sia scritto. Così, che si trovi su carta, su pergamena, su legno, su cartone, su un pannolino; che sia scritto con l'inchiostro, col sangue, con altro liquido qualsivoglia, o anche con la matita; che presenti, eziandio in gran quantità, abbreviazioni, somme in cifre, postille, interlinee, cancellature, aggiunzioni, poco cale: se l' atto può leggersi, gli è quanto occorre. Tosto che quest' atto contiene delle disposizioni d'ultima volontà, è un testamento, e tosto che questo testamento è scritto per intero (poi datato e sottoscritto) di mano del suo autore, è un testamento olografo valido. — Indubitatamente se le cancellature, le aggiunzioni e le interlinee impedissero al tutto di ritrovare il senso della tale o tal frase, non si potrebbe a queste frasi dar effetto; ma ciò non osterebbe a far eseguire le altre disposizioni. Certamente ancora, se in grazia delle cancellature tutto il testamento si trovasse in modo tale troncato, che niuna frase restasse intera nè presentasse più un senso compiuto, si dovrebbe dire che non è più un testamento, ma sono gli avanzi informi d'un testamento anteriore, a cui il defunto volea recar de' cambiamenti che non à punto effettuati prima di morire. Ma, perchè ciò fosse, si richiederebbe che le cancellature non avessero lasciata intera niuna disposizione; chè se una sola sopravvivesse, la circostanza che il testatore non à sostituite le altre non può impedire che si dia effetto alla prima. È un errore l'opposta opinione del Toullier (V. 360) e del Grenier (n.° 228, 70); dappoichè, abbia pure un testatore soppressa una parte del suo testamento e sia morto prima d'avervi sostituite nuove disposizioni, è ben impossibile indurne che abbia voluto sopprimere eziandio le parti che lasciava intatte (1).

III. — 12. La seconda condizione richiesta dal nostro articolo per la validità del testamento olografo è che sia *datato* di mano del testatore. Ma di quali elementi si compone la data?..

Nell'uso la data completa è costituita dall'indicazione del luogo, dell'anno, del mese e del giorno in cui si è fatto l'atto; ma l'indicazione del luogo non può esigersi. Infatti: 1° le date, nel senso proprio del vocabolo, sono le indicazioni de'tempi, non de'luoghi; le parole *data*, *datare*, nella legge, come nel linguaggio comune, non esprimono che l'idea di tempo, di epoca; 2° l'ordinanza del 1735, esigendo pe'testamenti olografi l'indicazione del *giorno, mese ed anno*, non domandava punto l' indicazione del luogo, e sembra evidente che il Codice à inteso la data come l' intendeva l' ordinanza: tutti son d' accordo su questo punto.

E tutti il furono sempre, eziandio per dichiarar necessaria l' indicazione del giorno, mese ed anno, quando un moderno autore, il Coin-Delisle (n.° 28) è venuto a pretendere che l' espressione del giorno non sia indispensabile e che basti quella dell' anno e del mese. Ma non possiamo per avventura adottar la sua opinione. Senza fallo l'indicazione del mese e dell'anno (*fatto in gennaio* 1844) è pure una data, ma il nostro articolo non à mica inteso, non à potuto intendere d'una data qualechessia, chè data è parimenti l' indicazione del solo anno (*nel* 1844), e tuttavia non osa già dire il Coin-Delisle che siffatta indicazione basterebbe... La *data* ossia la *precisione dell' epoca*, è alcun che d'indeterminato; atantechè ci à de' gradi, ci à il più e il meno nella precisione, e si può datar per ore e minuti, come si può semplicemente per anni o per secoli. Ciò posto ed essendo evidente che non à potuto il Codice volersi contentar d' una data qualunque, è forza determinare a norma delle circostanze l' espressione troppo vaga da essa adoperata. Or, poichè era uso generale e ben noto a' compilatori d'indicar nella data il giorno, e l'ordinanza del 1735, a cui nulla dice che siasi voluto derogare, l'esigeva positivamente, è una doppia ragione per riconoscere con tutti gli autori la necessità di questa indicazione; ogni altra decisione sarebbe inevitabilmente arbitraria e senza base; chè l' uno si appagherebbe dell' anno, l' altro esigerebbe i minuti. — Del rimanente, è manifesto che il giorno potrebbe trovarsi indicato senza che si fosse espresso il suo numero d' ordine nel mese. E sì la data sarà regolarissima, quando si sia detto: la 1ª domenica d'aprile 1835; il giorno di Pasqua del 1836 ecc.

13. Il posto che la data tiene nell'atto è indifferente, perchè la si applichi bene all' intero testamento. Così, che sia posta in capo al testamento, che si trovi nel corpo della disposizione, che venga dopo terminato l'atto e prima della firma, infine che segua la firma e sia l'ultimo verso dell' atto: in tutt' i casi vi sarà eguale validità. Senonchè insegna il Toullier (V-375) che vi sarebbe nullità nell'ultimo caso, cioè quando la data vien dopo la firma; ma è un errore, e i due motivi su cui s'appoggia quell' autore sono entrambi inaccettabili.—La firma, dic'egli in primo luogo, è quella che termina l' atto, onde ciò che vien dopo la firma sta fuori del testamento Questo è però un sofisma, che si confuta due volte, non una. E di fermo, se si prenda la voce *testamento* nel suo significato ristretto, nel quale appunto l'usa il nostro articolo; non sarà mica vero che la firma sia la fine del testamento, che sia una parte di esso; la firma, e la data insieme, non

(1) Conf. Vazeille (n. 4), Poujol (n. 6), Coin-Delisle (n. 19), Rig. 15 genn. 1834 (Dev, 34, 1, 173).

ne sono che un accessorio. Chè dire col Codice, con ognuno, con lo stesso Toullier, che *il testamento vuol esser datato e sottoscritto* si è dire che la data e la firma non son mica parti del testamento, ma elementi che al testamento s'aggiungono: se il testamento comprendesse la data e la firma, non si potrebbe parlare di datare o di firmare un testamento... Che se la voce *testamento* prendasi nel senso ampio, è vero che la firma ne sarà una parte, ma lo sarà eziandio la data, e non v'è ragione perchè quella piuttosto che questa sia necessariamente l'ultima. — Toullier argomenta poi dall'ordine delle parole usate dal Codice, il quale esige che il testamento sia *datato e firmato*, non *firmato e datato*. Ma, lasciando stare la puerilità del motivo, lo confuta il testo medesimo della legge. Conciossiachè la legge domanda che il testamento sia *scritto, datato* e *firmato*; e se tenesse conto dell'osservanza delle condizioni nell'ordine con cui sono indicate, sarebbe indispensabile che il testamento fosse scritto per intero innanzi d'esser datato: or lo stesso Toullier riconosce (n. 376) che la data può benisimo preceder le disposizioni, dunque si condanna da sè, ed a buon dritto gli arresti ripudiano la sua dottrina (1) (a).

Ma il testamento, nel quale la firma preceda la data potrebbe benissimo venir annullato per la ragione *di fatto* che la data non fosse in relazione col testamento; che per esserne troppo lontana e per la tale o tal altra circostanza debbe ritenersi che non a quello si riferisca, e che per conseguenza esiste da un canto una data isolata, la quale a nulla si connette (o si connette ad una scrittura diversa dal testamento) e d'altra banda un testamento firmato, ma non datato: posto che fosse stabilito in fatto che il testamento non è datato, sarebbe pur forza conchiuderne *in diritto* che questo testamento è nullo.

Un simile dritto di valutazione de' fatti esisterebbe evidentemente eziandio per la data messa in mezzo alle disposizioni, in quanto al punto di sapere se questa data si riferisca alle disposizioni che la seguono come a quelle che la precedono, ovvero se le prime non debbano dichiararsi manchevoli di data, e pertanto giudicarsi nulle. È dunque prudente cosa che i testatori, per mettere l'esecuzione delle loro volontà al coperto da ogni pericolo, scrivano il loro testamento in quest'ordine: 1 redazione intera e continua di tutte le disposizioni; 2. apposizione immediata e con una riga particolare della data precisa; 3. e sotto a tutto il rimanente, apposizione della firma ordinaria e regolare.

14. Una data incompiuta porterebbe la nullità del testamento, posciachè l'atto non presenta allora che una frazione di data, non già una data. Così la data, che per l'omissione di alcune parole o per effetto di aggiunzioni o di cancellature presentasse soltanto queste parole: *fatto a Parigi, il 10 maggio mille sette*, dovrebbe per principio esser dichiarata nulla. Altrettanto dicasi del testamento, la cui data si trovasse evidentemente falsa; esempligrazia, se fosse datato del 1830 e fosse provato che la carta in cui è scritto è stata fabbricata nel 1835; ovvero se fosse datato del 1842 e il testatore fosse morto nel 1839. Egli è chiaro infatti, che la legge, quando esige la data del testamento, intende con ciò la indicazion vera dell'epoca in cui il testamento è fatto, e non l'indicazione d'un'epoca qualsiasi (2) Ma, il testamento avrebbe ad essere mantenuto, se la data incompiuta potesse compiersi mediante circostanze tratte da esso testamento medesimo; e sarebbe lo stesso del caso di data inesatta, se il testamento presentasse elementi che menassero alla data vera. Così, supponiamo che il testamento datato del *mille sette*, e il cui autore fosse morto tra il 1808 e il 1816, disponga fra l'altro d'una casa stata acquistata dal testatore nel secolo XIX, dopo il 1800, divien certo che il testamento non è punto stato fatto nel *mille sette* (*cento* ecc.), ma è stato fatto nel *mille*(*ottocento*) *sette*. Del pari, se il testamento d'una persona morta nel 1844 fosse datato del *mille NOVE cento quaranta*, si deciderebbe di leggieri che il testatore à voluto e creduto scrivere *mille OTTO cento quaranta*, e che il testamento si trova sufficientemente datato (Rig. 19 febb. 1818; Rouen, 23 luglio. 1825; Rig. 2 marzo 1830).

IV. —15. Il testamento olografo deve infine esser sottoscritto. Ma in che consiste la sotto-

(1) Parigi 13 agosto 1811; Besanzone 7 febbraio 1823: Bordeaux, 12 gennaio 1825, Rig. 9 maggio 1825; Parigi 22 aprile 1828; Rouen 11 febbraio 1830, Rig. 11 mag. 1831 (Dev. 31, 1, 189).

(a) Aggiungiamo che l'argomento del Toullier avrebbe provato qualche cosa, se vi fossero stati tre modi d'esprimersi o meglio tre diversi ordini da dare alle parole; talchè *datato e firmato* significasse necessariamente la precedenza della data; *firmato e datato* significasse necessariamente la precedenza della firma, e un terzo ordine in cui fossero disposte le due parole significasse l'indifferenza del legislatore per la precedenza dell'una *o* dell'altra. Ma, poichè un terzo ordine non v'è, il dire *datato e firmato* come il dire *firmato e datato* possono egualmente dinotare la precedenza della firma *o* la precedenza della data, e *non* è strano il supporre che, se il legislatore avesse inteso disporre come assume il Toullier, l'avrebbe espresso con qualche avverbio, dicendo per esempio: *datato e* IN ULTIMO *firmato* .. *Il Trad.*

(2) Rouen, 10 giugno. 1829; Riom, 8 agosto 1837 Rig., 9 genn. 1839; Rouen, 14 aprile 1817 (Dev. 39, I. 453).

scrizione di una persona? Basta l'iniziale del suo nome accompagnata dal suo titolo di nobiltà o un prenome seguito dall'iniziale del nome, o i prenomi seguiti da un titolo di dignità (come usano i vescovi), o un soprannome, sotto il quale la persona è stata sempre conosciuta; ovvero fa duopo assolutamente del nome di famiglia del testatore?

Regolarmente, la firma è l'apposizione del *nome di famiglia* fatta nel modo ordinario alla persona; ma, se è più regolare di firmar col proprio nome di famiglia, non è però obbligatorio e lo si può in ogni altra guisa. Niuna legge ordina di firmare in questo o in quel modo; e, siccome la firma, il segno d'una persona, non è che il mezzo adottato da lei di esprimere in piè degli atti la sua identità, il *me*, d'indicare e far riconoscere la sua personalità (*signum, signare, designare*), bisogna accettar come firma valida il modo, qualunque sia, che la persona soleva adoperare. Così, abbia il testatore firmato con un nome che non era quello di sua famiglia, ma un soprannome a lui particolare; abbia usate delle iniziali seguite dal titolo d'una terra, o d'una dignità; un solo sarà sempre il punto da esaminare: soleva egli così sottoscrivere i suoi atti civili (1)? — Ciò s'applicherebbe, giusta la dottrina del Merlin (v.° *Firma*, § 3, art. 4) e malgrado quella del Duranton (IX—40), eziandio al caso di semplici iniziali senza verun'aggiunta; chè dal momento che il defunto avea l'uso di così firmare i suoi atti, anche i più importanti, non si può mica dir che non abbia firmato, che non abbia apposto il suo segno (*signum, signare*). A dir breve, la firma del testamento sarà valida, qualora sia quella che il testatore era solito adoperare.

Ciò posto, dalle circostanze del fatto si deciderebbe se un testamento è validamente firmato quando il nome del testatore vi si trova messo nel corpo stesso dell'ultima frase anzichè esser separato da tutto il resto della scrittura: *fatto e firmato da me Michel-Francesco Falta il 20 dicembre 1809*. Se i nomi sono accompagnati dalla cifra ordinaria della persona; se questa persona, che non si serviva mai della cifra o non se ne serviva sempre, à avuto cura di scrivere il suo nome in un carattere più spiccato del rimanente; se infine i nomi, anche d'una scrittura simile a tutto il resto, emanano da una persona, tutti gli atti o parecchi atti della quale sono stati così firmati in una scrittura ordinaria e fusi nell'ultima frase, si dovrà dire che questa è veramente la firma del testatore e che il testamento è valido. Se, per contra, i nomi così scritti senza cifra, senza distinzione dal corpo dell'atto, emanano da una persona che à sempre apposta a' suoi atti una firma separata, si direbbe con ragione che tali nomi non costituiscon punto la firma; che annunziano e sviluppano la firma cui il testatore si proponeva di mettere al piede; e che, non avendola apposta, l'atto è rimaso nello stato di progetto e non può aver effetto di sorta.

V.— 16. Una volta che il testamento è scritto, datato e sottoscritto di mano del testatore, è perfettamente valido; giacchè *a niun' altra forma*, dice il nostro articolo, *è soggettato*. È dunque valido in una lettera missiva come in ogni altro atto; non avendo mica il Codice riprodotto il divieto dell'ordinanza del 1735 (art. 3); e, quando il Bigot-Préameneu disse (*Spos. de' mot.*) che simili disposizioni non sarebbono ammesse, cadde in un evidente errore, rigettato infatti dagli autori e dagli arresti (2). Soltanto è chiaro richiedersi sia accertato che l'autore della lettera à ben inteso che ciò che scriveva costituiva il suo testamento; e bisogna por mente di non attribuire cotal carattere alla lettera scritta unicamente per annunziare che si fa o si farà un testamento, di cui s'indicano le disposizioni. A mo' d'esempio, se una lettera dica soltanto: « *Mio caro amico, io fo il mio testamento nei termini che vi aveva annunziati: lego la tal cosa ad N., la tal altra ad X e riduco Y a non avere che la tal cosa,* » è chiaro, questo non essere che l'avviso d'un testamento cui l'autore della lettera stende a casa sua; ma, se la lettera dica: « *Vi rimetto qui sotto il mio testamento, pregandovi di restarne depositario per vegliare, ove occorra, alla sua esecuzione,* » non vi sarà più dubbio possibile sull'intenzione dell'autore della lettera.

Ad ogni modo, il punto di sapere se la lettera contenga davvero il testamento o solo l'annunzio e la spiegazione del testamento divisato sarebbe una quistione di fatto sottomessa alla valutazione de' magistrati e sulla quale (come su molte altre a tal materia relative) si sfuggirebbe alla censura della Corte suprema. Dovrebbe ammettersi la cassazione, se i giudici avessero pronunziata la nullità, riconoscendo che la lettera scritta, datata e firmata dal suo autore era fatta con animo di testare; ma la sarebbe impossibile ogni qual volta avessero dichiarato (anche a torto) che essa lettera, all'opposto, non costituiva punto un testamento.

17. Le postille, come il corpo del testamento, non son valide che sotto la condizione d'essere scritte, datate e sottoscritte dal testatore.

(1) Conf. Pau, 13 lug. 1822; Rig. 23 mar. 1824; Bourges, 19 ag. 1824; Bordeaux, 7 mar. 1827; Rig. 10 mar. 1829.

(2) Segnatamente Merlin (*Rep.*, v° *Test.*, seg. 2, § 1, art. 5); Grenier (n.° 228), Toullier (V 378), Duranton (IX—26); Coin-Delisle (n.° 21); Colmar 5 apr. 1824.

Ma non son sempre necessarie una data e una firma speciali quando la postilla è fatta nello stesso momento dell'atto e ad esso si lega per il tempo, non èvvi che un sol tutto indivisibile, pel quale basta una sola data, come una sola firma; ma, se la postilla è stata aggiunta al testamento in un'altra epoca, la è veramente una nuova disposizione, che quindi à uopo d'una nuova firma e massime d'una nuova data. Vero è che la postilla senza nuova data debbe appunto perciò presumersi appartenente al tempo della confezione dell'atto; ma, potendo risultar provato il contrario (sia perchè o il legatario o l'oggetto legato non fossero stati esistenti all'epoca indicata, sia per la differenza dell'inchiostro o per altra cagione), non senza pericolo sarebbero ommesse la nuova data e la nuova firma; e poichè, anche per le postille fatte nello stesso tempo del testamento, potrebbonsi talvolta elevare delle difficoltà (non foss'altro che per una diversità d'inchiostro o di penna), sarà sempre prudente cosa per un testatore o di firmare e datare tutte le sue postille o d'approvarle (indicandone il numero) superiormente alla data e alla firma.

VI.—18. Il testamento olografo, per regolare che sia, aver non può mai la forza probante d'un testamento per man di notaio; infatti, checchè siasene potuto dire, esso non è mica un atto autentico, ma un atto privato. « L'atto autentico, dice l'art. 1317, è quello che è stato ricevuto da uffiziali pubblici; » ora in tal caso non è punto il testamento olografo. Invano direbbesi che, avendo la legge concesso a tutti il dritto di far testamento, ciascuno trovasi in certa guisa pubblico uffiziale per la redazione del suo testamento: sarebbe per avventura un circolo vizioso; chè, per conchiudere dal dritto ch'io ò di redigere il tal atto che sono un uffiziale pubblico, converrebbe innanzi tratto fosse assodato che l'atto è autentico.

Atto privato è dunque il testamento olografo, e per consegnenza l'erede, contro cui se ne domanda l'esecuzione, non avrebbe bisogno di ricorrere all'iscrizione in falso per impugnarne la veracità. Onde, se questo erede pretende che la data è falsa, e che il testamento, dichiarato dal suo autore fatto nel 1835 (epoca in cui esso autore era capace) è stato invece fatto nel 1840 (quando egli era interdetto), potrà amministrarne la prova con tutt'i mezzi idonei a stabilir la frode.

Benintesó, all'erede incomberebbe provar la falsità della data, non già al legatario la veracità di quella; chè, tosto che il testamento regolare si riconosce emanato dal defunto, necessariamente fa fede sino a prova contraria; essendo sempre la presunzione in favore della verità. Ma starebbe la cosa altrimenti e spetterebbe al legatario di far prova, ove si trattasse di sapere se il testamento appartenga o no al defunto e se sia o no regolare. Onde basterebbe all'erede di dire che non riconosce la scrittura o la firma del suo autore perchè il legatario avesse a stabilire che la scrittura e la firma son pur quelle del defunto; e del pari, se l'erede, riconoscendo che il testamento è scritto dal suo autore, pretenda che contiene una frase scritta di mano aliena, ancora al legatario incomberebbe provare che questa frase è della stessa mano del resto del testamento. E si è manifesto che colui il quale reclama un dritto debb'egli provare che gli appartenga, e che conseguentemente il legatario, il quale venga a domandar all'erede l'esecuzione del testamento, dee farsi dall'assodare che il testamento è valido.

19. Quanto abbiam detto non s'applica punto al caso d'un legatario universale a fronte di un erede non riservatario. Questo legatario allora non à da domandar rilascio all'erede; dee soltanto farsi mettere in possesso con un'ordinanza del presidente. Esamineremo questo caso sotto gli art. 1006 a 1008.

971. [896].—Il testamento per atto pubblico è quello che vien ricevuto da due notai, in presenza di due testimoni, o da un notaio, in presenza di quattro testimoni (1).

20. Dal testamento per atto privato passa il Codice al testamento per atto pubblico, di cui trattano il nostro articolo e i seguenti quattro; poi tratterà del testamento mistico ne' quattro art. 976 a 979, per terminare la sezione con una regola relativa a' testimoni (art. 980).

Il testamento pubblico, essendo un atto notarile, si trova dunque sottomesso in generale alle regole additate dalla legge del 25 ventoso anno XI per gli atti ricevuti dai notai, nel tempo stesso che riceve l'applicazione obbligatoria di quelle tracciate dal Codice civile. Diciamo che il testamento pubblico è sottomesso alle regole della legge di ventoso *in generale* e non in tutto e per tutto; giacchè è chiaro che pe' punti regolati differentemente dalla legge di ventoso e dal Codice, a questo, non a quella fa mestieri attenersi. E ciò à luogo singolarmente pel numero, per la capacità e pei doveri de' testimoni: difatti il nostro articolo esige due notai e due testimoni o un notaio e quattro testimoni; ovechè la legge di ventoso (art. 9) si contenta di due notai senza testimoni o di due testimoni con un sol notaio (V. anche art. 974, 975, 980).

Le forme richieste dalla legge di ventoso pe' vari atti notarili lo sono ora a pena di nullità, ora sotto altra pena che lascia sussistere

(1) Questi due articoli non presentano tra loro niuna differenza. *Il Trad.*

la validità dell'atto; quelle che impone qui ai testamenti il Codice lo sono tutte a pena di nullità (art. 1001); laonde l'atto testamentario sarà nullo semprechè vi si sarà ommessa una formalità voluta dal Codice, o sia o no voluta dalla legge di ventoso.

972. [897].—Se il testamento è ricevuto da due notai, vien loro dettato dal testatore, e debb'essere scritto da uno de' due notai tal quale è dettato (1).

Se vi sia un sol notaio, deve egualmente esser dettato dal testatore e scritto da questo notaio.

In ambi i casi, debb'esserne data lettura al testatore in presenza de' testimoni.

Del tutto dee farsi espressa menzione.

SOMMARIO.

I. Quattro formalità richieste dal nostro articolo (a pena di nullità): 1° Il testatore dee dettare egli stesso le sue volontà.
II. 2° Le dee scrivere il notaio medesimo, e tali quali gli vengon dettate, salvo la redazione. — Del caso in cui il testatore non parli il francese.
III. 3° Debb'esser data lettura dell'atto al testatore in presenza de' testimoni.
IV. 4° Infine il notaio redattore dee menzionare l'adempimento delle tre formalità in termini che non lasciuo alcun dubbio sul proposito.

I.—21. La legge assoggetta nel nostro articolo la redazione del testamento a regole severe intese a garentir la sincerità dell'espressione delle volontà: 1° Il testatore dee dettar egli medesimo il suo testamento al notaio o ai due notai, da' quali vien ricevuto; 2° il notaio o un de' due dee scrivere questo testamento tal quale gli è dettato; 3° una volta terminata la redazione, si dee darne lettura al testatore in presenza de'testimoni; 4° infine, l'uffiziale pubblico dee menzionar l'adempimento di questo tre formalità. E non dimentichiamo che l'ommessione d'una di esse produrrebbe la nullità dell'atto (art. 1001).

E primamente, dee dettare il testamento lo stesso testatore, talchè il notaio non abbia che a copiar le parole di lui. La legge evita studiosamente tutto che potesse far temere che il testamento non fosse l'opera del solo testatore; e, laddove per ogni altro atto (esempligrazia per una donazione tra vivi) permette al notaio di stender da solo l'atto, anche fuori la presenza della parte, sulle istruzioni che questa gli avrà date, qui riduce quest'uffiziale al compito d'un segretario il quale altro scriver non dee se non ciò che gli vien dettato, e proprio sotto la dettatura di colui che parla. Un testamento, che il notaio avea steso posteriormente, sulle istruzioni ricevute, è stato con ragione dichiarato nullo. Un altro (e non men giustamente) perchè il notaio, dopo ricevuta la dichiarazione del disponente, preso da colera e giacente in letto, si era messo in un'altra stanza a scriver quella dichiarazione (2).

Tanto maggiormente sarebbe annullato l'atto, se il notaio avesse proceduto per interrogazione in cambio di lasciar esprimere al disponente da sè medesimo le sue idee, e così fosse uscito dall' uffizio di segretario che la legge gli assegna. Del resto, nulla toglie che il testatore si faccia illuminare, prima della redazione, da un consulente di sua scelta, sia pur lo stesso notaio che dovrà ricever l'atto, e che detti le sue volontà, leggendo le note che esso consulente gli avesse poste o anche un modello che da questo medesimo consulente egli s'avesse fatto stendere. Nulla impedisce tampoco che il notaio indiriga al testatore qualche domanda od osservazione per far isviluppare e render più chiare le volontà da lui significate; e può eziandio suggerirgli delle *parole* che meglio esprimano il suo pensiero; ma deve ben astenersi dal suggerirgli novelle *idee*.

II — 22. Ciò che abbiam detto intorno alla prima regola del nostro articolo (che il testatore dee dettar da sè al notaio il suo testamento) spiega a un tempo la seconda (che il notaio dee scriverlo tal quale gli vien dettato). Ma questa idea non s'avrebbe già da spingere fino al ridicolo: ben s'intende non esser mica tenuto il notaio a riprodurre gli errori di lingua, le espressioni improprie e le locuzioni bizzarre che adoperar potesse il testatore. S'egli non debb'essere che segretario, può almeno mostrarsi segretario intelligente e istrutto; soltanto, non allontanandosi dal pensiero mai, deve allontanarsi da vocaboli unicamente quando lo esigano le convenienze del linguaggio.

Dee scrivere le volontà del testatore il notaio medesimo sotto la dettatura di lui; non potrebbe, come si fa per gli altri atti, affidare cotal cura ad un commesso. Negli altri casi, basta che l'atto, da chiunque scritto, sia letto alle parti dal notaio o in presenza del notaio; nulla di più chiede la legge: ma, pel testamento, esigendo il nostro articolo che sia scritto dal notaio o da uno de' notai, si avrebbe contravvenzione, qualora fosse scritto da un altro, e questa contravvenzione produrrebbe nullità giusta l'art. 1001. — Ma non sarebbe punto da applicar questa regola all'atto tutto quanto; chè al solo *testamento* nel suo senso ristretto si riferisce, ossia alla parte dell'atto che contiene l'espressione delle volontà della persona.

(1) Questi due articoli non presentano tra loro niuna differenza. *Il Trad.*

(2) Rig. 12 ag. 1834; Rig. 20 genn. 1840 (Dev. 35, 1, 202; 40, 1, 111).

Circa al preambolo che documenta la comparsa del testatore, i nomi, le dimore e le qualità de' testimoni ecc., è patente che potrebbe esser preparato anticipatamente e scritto da una mano qualsiasi; dacchè non è il testatore che lo detta, e il nostro articolo esige la scrittura del notaio per ciò che vien dettato dal testatore. Nè punto s'avrebbe da adottare la strana idea d'un autore (Bousquet, n. 10) il quale pensa che sarebbe da temere una dichiarazione di nullità, se le parole del testatore, nel caso di due notai, fossero state scritte, parte dall' uno e parte dall' altro (perchè il primo a causa d'indisposizione non avesse potuto continuare a scrivere). E non è egli evidente che, avendo i due notai esattamente la stessa capacità, è indifferente che la dettatura sia raccolta dall' uno o dall' altro ovvero parte dall' uno e parte dall' altro?

23. La regola che vuole sia il testamento pubblico scritto dal notaio e sotto la dettatura del testatore à dato luogo a controversia pel caso in cui il testatore non parli il francese. Le nostre antiche leggi vietavano di stendere verun atto pubblico altrimenti che in francese; e un'ordinanza del 24 pratile anno XI prescrisse che in francese fossero stesi gli atti pubblici ne' dipartimenti del già Belgio, della riva sinistra del Reno, del Tanaro, del Po e negli altri ove si fosse conservato l'uso di stenderli nella lingua del paese (a). È dunque volontà del legislatore, benchè niun testo la esprima in modo generale e assoluto, che tutti gli atti pubblici stesi in Francia sieno scritti in francese, ed è debito de' notai di conformarsi a questa regola pe'testamenti al pari che per tutti gli altri atti.—Dunque, allorchè un testamento è dettato in una lingua straniera, il notaio dee scrivere in francese le idee che gli si esprimono nell' altro idioma: ma questo caso dà luogo a varie osservazioni.

Prima di tutto, è manifesto che il notaio dee necessariamente possedere e la lingua francese e quella parlata dal testatore, e ch'egli non potrebbe farsi tradurre la costui dettatura da un interprete; attesochè il notaio in persona, non un terzo, dee raccoglier dalla bocca del disponente l'espressione delle sue volontà. Nè è men certo che il secondo notaio o i due testimoni ovvero i quattro testimoni debbon comprendere eziandio la lingua del testatore; stantechè i testimoni sono i cooperatori e i sorvegliatori del notaio, ed è d'uopo sappiano di per sè medesimi se la persona che parla detta un testamento e quale testamento....Ma non è egualmente necessario che questi testimoni conoscano anche il francese: un testamento può benissimo esser ricevuto presenti quattro persone le quali non conoscano se non la lingua del testatore, purchè il notaio posseda simultaneamente questo idioma e il francese. Soltanto debbe allora il notaio, secondo noi, scriver l' atto in ambo le lingue, ponendo a mezzo margine di costa al francese la lingua del testatore e de'testimoni, come positivamente permette la citata ordinanza dell' anno XI; e la lettura dal nostro articolo richiesta sarà fatta, ben s' intende, nella lingua del testatore. Mercè questi due testi, infatti, e con le circostanze che noi supponiamo, tutte le prescrizioni della legge sono scrupolosamente seguite, rispettate tutte le sue intenzioni e non si scorga sotto qual pretesto potesse questo testamento esser oppugnato. Il notaio e i testimoni àn perfettamente compreso il testatore; il testatore e i testimoni àn potuto seguir cogli occhi il notaio che scrivea nella loro lingua, ed àn perfettamente compresa la lettura fatta loro dal notaio del testo scritto in quella medesima lingua. Sicchè, in quanto a questo testo, àunosi tutte le garentie di sincerità, che esige il nostro articolo, e, siccome questo testo sta lì a fronte del testo francese, neppure in quest' ultimo vuolsi temere la frode...

Non possiam dunque su tal punto adottare la dottrina, che professano o alla quale inclinano i più degli autori, che i testimoni debbano di necessità intendere al pari del notaio, e la lingua del testatore e altresì la lingua francese (1).

Ma nè tampoco potremmo adottare il sistema affatto contrario risultante da alcuni arresti e seguito dal Coin Delisle. Secondo questo sistema, la scrittura nella lingua del testatore non sarebbe onninamente necessaria e basterebbe che il notaio, dopo scritto solo in francese, facesse la lettura di questo francese, interpretandolo nella lingua del testatore e dei testimoni. Ma dov' è allora la guarentigia voluta dalla legge, di testimoni che possan seguir cogli occhi il notaio a misura che scrive le parole del testatore in un idioma ad essi noto e quando poi rilegge in questo stesso idioma tutta la sua redazione? E non vedete che con un testatore e de' testimoni, i quali non conoscano che il tedesco, quando il notaio scrive in francese *ciò che vuole* e rilegge poi questo francese *come vuole*, diventan nulli il controllo de'testimoni e la sorveglianza del testatore (2)?

(a) In fiammingo o in tedesco o in italiano. Si comprende che la citata ordinanza appartiene all'epoca in cui Belgio, Germania ed Italia, in grazia del processo di fusione inventato da Napoleone eran divenute parti integranti dell'impero francese. *Il Tr.*

(1) Merlin (Quistione v. *Testamento*; § 17, art. 2, 3 e 4), Toullier (V-383) Grenier (n. 235) Duranton (IX-79), Poujol (art. 974 n. 3) Vazeille (art. 960, n. 5).—*Contra* Coin Delisle (art. 980, n. 25 a 27.

(2) Vedi la nota precedente.

Nè l'ordinanza del 24 pratile nè verun altro testo legislativo pronunziano veruna specie di pena pel caso in cui de'notai ricevessero un atto in una lingua straniera; quindi nulla si avrebbe a temere per la validità del testamento, cui il notaio non avesse scritto in francese. Ma il notaio che siffattamente agisse mancherebbe pur sempre al suo dovere; e il solo mezzo di conciliare questo dovere con le rigorose prescrizioni del Codice civile su' testamenti è di seguire il modo che indica la stessa ordinanza di pratile e di cui testè abbiam favellato, cioè di scrivere e in francese e nella lingua straniera.

III.—24. Una volta che l'atto è redatto dal notaio tal quale fu dettato dal testatore, dehb'esserne data lettura al testatore in presenza dei testimoni, onde sia ben certo per tutti che si è esattamente riprodotto il pensiero del disponente, e che questi possa far mutare, se vi sia luogo, le espressioni che non rendessero bene la sua idea.

La legge non dice da chi debba esser fatta la lettura del testamento, e questo è di fermo un punto di poco rilievo: è naturale, che la faccia il notaio medesimo, ma non è necessario, e se il testatore fosse un po' sordo e il notaio avesse la voce fioca, la lettura potrebbe benissimo esser fatta da un commesso o da uno dei testimoni. Che se il testatore fosse affetto da una sordità più qualificata e gli riuscisse malagevole l'udire, nulla impedirebbe che gli si desse a leggere il testamento, purchè egli lo leggesse a voce alta e in modo da farsi ben sentire a' testimoni; chè gli è parimenti *dar lettura* d'un atto a una persona il darle a leggere quest' atto.

Un punto a cui bisogna ben vegliare è che la lettura abbia luogo, presenti i testimoni: la legge vuole che questi testimoni possano attestare non solamente che àn preso lettura dell' atto e che riproduceva bene la dettatura del testatore, ma altresì che innanzi ad essi ne à preso lettura il testatore e che vi à riconosciuto l'espressione esatta delle sue volontà. Se dunque più testimoni o anche un solo si allontanasse per pochi istanti, nel momento della lettura, non bisognerebbe punto leggere in assenza di lui, e fargli poscia una lettura speciale; sibbene converrebbe attendere il suo ritorno, onde la lettura fosse fatta, siccome richiede la legge, in presenza di tutt' i testimoni.

IV. — 25. L'ultima formalità voluta dal nostro articolo si è la menzione dell'osservanza delle altre. La necessità di questa menzione contribuisce a garentir l'esecuzione dell'intero articolo, postochè mette il notaio nell'alternativa di adempir realmente alle diverse formalità o di commettere il reato di falso, attestandone mendacemente l'osservanza.

Questa, diciamo, è un'ultima formalità: è una formalità secondaria destinata a far conoscere e a provocare l'esecuzione delle principali; e, poichè è una formalità, la sua omissione adunque produrrebbe nullità a tenore dell'art. 1001. Epperò, comunque tutte le formalità principali fossero state realmente adempiute, se il notaio avesse obbliato di menzionarne alcuna, l'atto sarebbe nullo.

26. Il nostro articolo domanda una *menzione espressa*: gli è un pleonasmo; dacchè l'aggettivo *espressa* nulla aggiunge al nome *menzione*, essendo sinonimi *esprimere* e *menzionare*. Quindi segue che alle parole *menzione espressa* non si può dar altro significato, che quello di *menzione ben reale*, di *documentazione*. Pertanto non si può esigere che le menzioni sieno in termini precisi e speciali per ciascuna formalità nè soprattutto che sieno rigorosamente fatte ne'termini stessi del nostro articolo; possonsi ammettere degli equivalenti a questi termini, si può ammettere che la menzione di più formalità si trovi in una sola espressione, e tutto si riduce a vedere se risulti dalla semplice lettura dell'atto che le diverse formalità sono state adempite, sicchè non si potesse negare l'adempimento d'una sola senza dar una mentita all'atto.— Questo mezzo d'esame è ben semplice. Se non si può negare l'adempimento d' alcuna delle formalità senza dar una mentita all' atto, vuol dire adunque che l'atto menziona l'adempimento di tutte; e quindi il testamento è valido. Se, per contra, àvvi una sola formalità di cui si possa negar l'adempimento senza far mentire il notaio, vuol dire che il notaio non à fatto tutte le menzioni richieste, e quindi il testamento è nullo. In questo senso vuolsi intender la regola d'una *menzione espressa*, la quale non può significar altro che una menzione positiva e di natura da non lasciar dubbio.

Laonde con ragione, secondo noi, e checchè ne abbian detto il Vazeille (n.i 10 — 12) e il Coin-Delisle (n. 42), si son dichiarati nulli dei testamenti, ne' quali il notaio avea detto che avea *stese* le volontà dettate dal testatore; imperocchè da tale dicitura non risultava punto in modo certo e indubitabile che il notaio avesse scritto egli proprio. E di fermo, se fosse stato provato che il notaio avea fatto scrivere dal suo commesso e per tal ragione lo si fosse accusato di falsità, ei non avrebbe mancato di rispondere, altro esser la redazione (che consiste nella scelta de'termini e nella disposizione delle frasi), altro essere il lavoro puramente materiale di fissar le parole sulla carta; e che, se il commesso à *scritto*, il notaio però à *steso* le intenzioni dal testatore manifestate. Non era dunque altrimenti menzionato che il no-

taio avesse *scritto* il testamento, e bisognava pronunziar la nullità (1).

27. Era altresì forza pronunziar la nullità del testamento, in cui era detto soltanto che il notaio aveva letto le disposizioni *alla testatrice ed a'testimoni*, tuttochè si aggiungesse ch'ella avea dichiarato *in loro presenza* che quelle disposizioni conteneano indubitatamente l'espressione della sua volontà, e inoltre che *tutt'i testimoni, nonchè la comparente, avean firmato dopo una seconda lettura lor fatta* (Cass. 6. mag. 1812). Nulla, infatti, stabiliva che l'atto fosse stato letto alla testatrice *presenti* i testimoni. Ben si diceva ch'era stato letto alla testatrice *ed* a'testimoni; ma avrebbe potuto esserlo prima all'una, poi agli altri.. ; si diceva che la testatrice aveva riconosciuta l'esattezza delle disposizioni *in presenza de'testimoni*, ma ella avrebbe potuto far la sua dichiarazione in loro presenza, avvegnachè l'atto fosse stato letto a lei sola e non presenti quelli....; dicevasi infine che i testimoni al pari della comparente, avean firmato dopo una seconda lettura *loro fatta*; ma queste parole, *loro fatta*, non si riferivano necessariamente a'testimoni e alla comparente: potean riferirsi a' soli testimoni, che formavano il soggetto della frase. Cotalchè l'atto provava pure che una lettura almeno era stata fatta alla testatrice e che due n'erano state fatte a'testimoni; ma non provava punto che una sola lettura fosse stata fatta a' testimoni e alla testatrice simultaneamente: questo punto non era mica assodato con la menzione che la legge chiama espressa, ossia con una menzione di natura da non lasciar verun dubbio. Per conseguenza la Corte suprema doveva, come fece, annullar l'arresto che avea mantenuto il testamento.

973. [899]. — Questo testamento deve esser firmato dal testatore: s'egli dichiara che non sa o non può firmare, sarà nell'atto fatta espressa menzione della sua dichiarazione, nonchè della causa che gl'impedisce di firmare (2).

SOMMARIO.

I. Quando il testatore può firmare, la sua firma è indispensabile. Ma non richiede la legge la menzione di questa firma: dissenso dagli autori e dalla giurisprudenza.

II. Allorchè il testatore non può firmare, è duopo che lo dichiari e che il notaio faccia menzione della dichiarazione e della causa dell'impedimento. Svolgimento e controversia.

I. — 28. Quest'articolo versa intorno alla firma del testatore. Esige o 1° che sia apposta, se è possibile; o 2°, nel caso d'impossibilità, che il notaio menzioni *la dichiarazione* che dee fare allora il testatore dell'impotenza sua, e altresì *la causa* di tale impotenza.

E innanzi tratto, quando il testatore può firmare, l'atto deve indispensabilmente ricever la sua firma, e vi sarebbe nullità (art. 1001) se questa firma non fosse apposta, per qualunque causa si voglia. Così, quandanco il testatore, per esempio, fosse morto dopo scritta già la prima lettera del suo nome, l'atto sarebbe nullo; chè con l'apposizione della firma è perfetto l atto; e la persona che muore prima d'aver firmato à ben potuto morire coll' *intenzione* di testare, ma è morta senz'aver dato effetto a questa intenzione. Che anzi, sebbene il testatore avesse positivamente dichiarato di non saper firmare e questa dichiarazione fosse menzionata, sarebbe ancor nullo il testamento, ove fosse provato che il testatore sapea ben firmare e che la sua dichiarazione era menzognera; mercecchè la firma, ogni qual volta è possibile, è una delle formalità *sine qua non*; senzachè questo rifiuto indiretto di firmare desta almeno de' dubbi sulla libertà delle volontà espresse: v'è luogo allora a presumere una suggestione, a cui la persona à voluto sottrarsi col non firmare (3). Ben inteso, la cosa starebbe altrimenti se il testatore, dopo aver un tempo firmato, bene o male, ne avesse poi perduta l'abitudine; chè sarebbe sincera allora la sua dichiarazione di non sapere o di non potere (4).

29. Fa dunque mestieri che il testatore, il quale può firmare, firmi effettivamente: ma si ricerca inoltre che il notaio lo menzioni? Gli autori e la giurisprudenza rispondono affermativamente; ma, pur dicendo che a tale idea è forza conformarsi fino a nuov'ordine *nella pratica* (chi non voglia esporre il testamento a una dichiarazione quasi certa di nullità), noi opiniamo tuttavia, come il Coin — Delisle (n.° 4, *nota*) che siffatta dottrina è erronea.

(1) Torino, 22 Febb. 1806; Besanzone, 27 nov. 1806; Rig., 27 mag. 1807; Rig. 4 Febb. 1808; Colmar, 11 Febbraio 1815 ecc.

(2) Prima dell'art. 899 LL. CC. che corrisponde al 973 C. Nap. avvene uno nuovo, l'898, col quale si risolve ne' sensi medesimi adottati dalla giurisprudenza francese un dubbio non preveduto dai compilatori del Codice Napoleone. Ecco il suo testo: « I testamenti per atto pubblico, oltre alla indicata solennità loro proprie, dovranno contenere le altre solennità comuni a tutti gli altri atti autentici richieste dalle leggi sul regolamento notariale. » L'art. 973 C. Nap. richiede la sola sottoscrizione del testatore; ma il nostro legislatore, più cauto, ha aggiunto nell'art. 899 la necessità che egli *firmi in ogni foglio* ad impedire qualche fraudolenta mutazione di foglio. Lo stesso è disposto nell'articolo 900 per parte de' testimoni. *Il Trad.*

(3) Grenoble, 25 lug. 1810; Trèves 18 nov. 1812; Limoges, 28 nov. 1823.

(4) Caen, 5 mag. 1829: Rig. 5 mag. 1831; Montpellier, 27 giu. 1834.

Ad istabilir la necessità della menzione, si dice che, se non è richiesta dal nostro articolo, lo è dall'art. 14 della legge di ventoso, e sotto pena di nullità, giusta l'art. 68 di essa legge. E invero, dicesi, l'art. 14 esige la menzione della firma delle parti per ogni atto notarile e, non avendo il Codice dispensato da tal formalità il testamento pubblico, questo riman dunque sottomesso alla regola generale. Cattivo ragionamento, a parer nostro; chè qualsivoglia legge speciale a una materia deroga alla regola generale (senza che abbia d'uopo di spiegarlo) su tutt'i punti che prende a regolare, e solo lascia sottomessi alla legge generale i casi che tace. Pertanto, poichè l'art. 980 non esige pei testimoni se non che sieno maschi, maggiori, sudditi dello Stato e nel godimento de'dritti civili, laddove la legge del Notariato (art. 9) voleva che fossero cittadini, tutti riconoscono che quest'ultima qualità non è mica necessaria per far da testimone in un testamento. Dunque i nostri articoli, speciali pe' testamenti notarili, derogano alle regole generali della legge del Notariato pei casi cui si riferiscono. Ora il Codice, in cambio di lasciar sottomessa a cotal legge la firma del testatore, à cura di occuparsene nel nostro art. 973, prevedendo le due ipotesi possibili: 1° d'un testatore che possa firmare e 2° d'un testatore che nol possa; e volsi anzi notare che non pur sulla prima, sì eziandio sulla seconda, ferma regole diverse da quelle di ventoso anno XI (1). Dunque a questo art. 973 — 899 bisogna attenersi e la legge del Notariato non può mica invocarsi su questo punto.

Sicchè il nostro legislatore non à altrimenti stimato utile esiger la menzione della firma allorchè questa firma è realmente apposta; e tale verità sembrar dee tanto più certa in quanto era questo l'antico dritto. E per fermo, non fu mai richiesta a pena di nullità la menzione della firma ne'testamenti: l' art. 23 dell' ordinanza del 1735 esigea bensì come il nostro la firma del testatore; ma non esigea, come esso non esige tampoco, la menzione della firma.

30. Nondimanco il Merlin à sostenuto il contrario (*Rep.*, v° *Firma*, § 3, art. 3): egli à scritto che l' ordinanza del 1735 richiedeva la menzione sotto pena di nullità, non esplicitamente, ma virtualmente e in modo sottinteso per la sua relazione coll'art. 165 dell'ordinanza di Blois, la quale, dic'egli, l'esigeva, come oggidì la legge di ventoso, per tutti gli atti notarili.... Due risposte son da fare a ciò. Primamente, quando pur fosse stabilito che le ordinanze di Blois e di Orleans, nelle regole generali che fermavano per gli atti notarili, avessero richiesta la menzione della firma a pena di nullità, nulla proverebbe questa circostanza in favor della dottrina che noi combattiamo e niun appoggio darebbe al sistema del Merlin; attesochè l' ordinanza del 1735 sarebbe stata per rispetto a quella di Blois nella medesima condizione del nostro art. 973 per rispetto alla legge di ventoso: sarebbe occorso dire per l'ordinanza del 1735 quel che oggi diciamo pel nostro art. 973, *specialia generalibus derogant*; e, siccome l' art. 23 di essa ordinanza, lungi dal preterire la firma del testatore per lasciarla sottomessa alle regole generali degli atti notarili, regolava espressamente le due ipotesi che questo caso potea presentare, converrebbe dire che l'art. 23 faceva eccezione all'ordinanza di Blois, come fa la legge del Notariato il nostro art. 973.

Ma àvvi più: l'art. 165 dell'ordinanza di Blois non richiese mai a pena di nullità la menzione della firma, sì soltanto la firma: la menzione della firma e altresì, nel caso che le parti o i testimoni non potessero firmare, la menzione di questa circostanza le esigeva egualmente; ma all'inosservanza di queste due prescrizioni non era mica affissa la pena della nullità. Ecco l' articolo: « I notai... saran tenuti di far firmare alle parti ed a' testimoni, ove sappiano firmare, qualunque contratto e atto, del che faran menzione sì nella minuta e sì nella copia di prima edizione che rilasceranno, a pena di nullità de' detti contratti.... » L'articolo, si noti bene, non dice già che i notai, sotto la pena che esso indica, saran tenuti a far firmare *e farne menzione*: dice che *saran tenuti a far firmare* e soggiunge con una proposizione incidente: *del che faranno menzione*; l'articolo significava: « I notai saran tenuti, a pena di nullità, di far firmare i loro atti e ne faran menzione, » per guisa che la nullità punto non cadeva nella mancanza di menzione. E la prova che tal pur era la mente del legislatore si è che la menzione era richiesta con la stessa frase per la copia esecutiva come per la minuta; or è chiaro che non si sarebbe potuto annullare un atto perchè il notaio avesse dimenticato di trascriver nella copia la menzione che avea fatta nella minuta; se una formalità richiesta a pena di nullità è ommessa nella sola copia di prima spedizione, vi à luogo a farne spedire un' altra, ma non è possibile d'annullar l'atto. Epperò Ricard spiega in questo senso l'ordinanza; cita d' altronde un arresto del parlamento di Parigi (8 mar. 1652) che così avea giudicato, e soggiunge che, essendo stato

(1) Pel primo caso, l'art. 14 della legge di ventoso anno XI esige la menzione della firma, cui punto non esige il nostro art. 973; pel secondo caso il detto art. 14 richiede soltanto la menzione della dichiarazione delle persone che non posson firmare; ovechè qui il Codice domanda inoltre l'indicazione della causa che impedisce di firmare.

su tal quistione tenuto un consulto di cinque avvocati de' più celebri, del quale anch'egli fu chiamato a far parte, si risolvè ad unanimità che la nullità si riferiva al manco di firma, non al manco di menzione (*Don*: parte 1ª).

Merlin à preso un enorme abbaglio su questa dottrina di Ricard, de' suoi consorti e del parlamento di Parigi. Egli suppone loro l'idea che l' art. 165 dell'ordinanza di Blois esigeva bensì la menzione delle cause che avessero impedito di firmare, ma non la menzione della firma medesima; e di qui movendo esclama: « Certo, nè Ricard nè i suoi cinque colleghi nè i magistrati, che pronunziaron l'arresto da lui riferito, non aveano ben letto l' art. 165 dell' ordinanza; chè questo articolo vuole sia fatta menzione non pure del manco di firma, allorchè l'atto non è firmato, sì ezlandio di essa la firma nel caso in cui si è realmente firmato. » Ricard, i suoi colleghi e il parlamento avean letto benissimo l' art. 165; al contrario il Merlin non à *ben letto* Ricard e non l'à compreso. Senza fallo, l' art. 165 dell' ordinanza esigeva non meno la menzione della firma che quella della mancanza di firma; ma nè Ricard nè i consorti di lui nè il parlamento negaron mai ciò; anzi lo riconoscono nel modo più positivo, e soltanto àn detto, come diciam noi stesso, che l'articolo non esigeva punto tal menzione *a pena di nullità*. Di fermo si dura fatica a credere a un simile svarione per parte del Merlin, e si domanda come mai abbia egli potuto siffattamente accusare e Ricard e i suoi confratelli e il parlamento d'aver deciso solennemente una grave quistione senz' aver *letto* tampoco il testo che la facea nascere!

II. — 31. La seconda parte del nostro articolo regola il caso in cui il testatore non potesse firmare, sia per non sapere, sia perchè, sapendolo, ne fosse da altra causa impedito. In tal caso, richiede il nostro articolo (e a pena di nullità, giusta l' art. 1001) che il notaio faccia menzione 1° della dichiarazione del testatore sul proposito e 2° della causa che fa ostacolo all' apposizione della firma.

Cotalchè primamente deve il testatore medesimo dichiarare che non sa o non può firmare. Se il notaio dicesse soltanto che *il testatore non à firmato per non sapere*, o *per la troppo sua debolezza* o *perchè affetto da paralisi* ecc., l' atto sarebbe nullo; altesochè così il notaio avrebbe egli stesso attestato che il testatore non à potuto firmare anzichè attestare che quegli *ha dichiorato* di non poter firmare (Caen 11 dic. 1822; Cass. 15 apr. 1835). E sarebbe la medesima cosa pur quando il notalo, innanzi d' attestare che il testatore non à potuto firmare, dicesse che egli notaio l' à *richiesto* o *interpellato* di firmare (1). Imperocchè dall' avere il notaio richiesto il testatore di firmare, punto non segue che abbia esso testatore dichiarato di non potere: il testamento allora non fa menzione d'una dichiarazione di lui, postochè si potrebbe, senza dar altrimenti una mentita al notaio, sostenere che niuna dichiarazione gli è stata fatta.

32. Il notaio deve inoltre menzionar la causa, per la quale il testatore non à firmato. Questa causa evidentissimamente si trova espressa, quando è detto che il testatore *à dichiarato di non sapere* SCRIVERE *ec.* senza che occorra, secondo noi, distinguere se l' atto menzioni o non menzioni un' interpellanza di firmare fatta al testatore. Un arresto di Douai (9 nov. 1809) e il Duranton (IX, 99) dicono esservi nullità in questo caso, se l' interpellanza di *firmare* non è espressa, perocchè allora il senso della parola *scrivere* non è precisato dal ravvicinamento della parola *firmare*, e perchè una persona può saper firmare senza sapere scrivere. Ma siffatta decisione sembraci inesatta, giacchè in fine *firmare* è scrivere, è *scrivere il proprio nome*, e colui che non sa scrivere, assolutamente parlando, non sa dunque *scrivere il proprio nome*, non sa *firmare*; inoltre, quando la persona che testa con atto pubblico dichiara che non sa scrivere, è aperto che intende necessariamente di non sapere scrivere ciò che à da scrivere in questo testamento; or precisamente non dee scrivervi altro che la sua firma (2). — Ma, quando il testatore sa firmare e dichiara soltanto di non *potere*, è manifesto che è il caso d' indicare inoltre la causa che glielo impedisce. Del resto, può il notaio indicar questa causa senza esprimere formalmente che gli sia stata dichiarata dal testatore; la menzione di una *dichiarazione* è richiesta pel fatto dell' impedimento e non per la causa di esso; tosto che l'impedimento vien dichiarato dal testatore, la legge presume, senza esigere che si dica positivamente, che la causa menzionata è stata indicata nella medesima dichiarazione.

974. [900].— Il testamento dovrà esser firmato da'testimoni e tuttavolta, nelle campagne, basterà che firmi uno dei due testimoni, se il testamento è ricevuto da due notai, e che firmino due de' quattro testimoni, se è ricevuto da un sol notaio (3).

(1) Merlin (*Rep.*, v° *Firma*, § 3, art. 2, n° 8); Cass. 11 piov. anno VIII; Tolosa, 22 apr. 1813; Colmar, 13 nov. 1813; — *Contra*: Toullier (V — 438); Coin — Delisle (n° 5); Limoges 17 giu. 1808 e 4 dic. 1821.

(2) Merlin (n° 3), Toullier (*ivi*), Vazeille (n° 9), Coin — Delisle (n° 7); Liége, 24 nov. 1806; Brux. 13 marzo 1810; Colmar 22 dic. 1812; Rig. 11 lug. 1816.

(3) V. la nostra nota all'art. precedente. *Il Tr.*

33. Questo articolo regola ciò che concerne la firma de' testimoni, come il precedente. Onde la sola firma de' notai resta sottomessa, pe'testamenti, alle regole generali dettate dall' art. 14 della legge di ventoso per la firma e de' notai e delle parti e de' testimoni.

Il principio fermato dal Codice è che i due o i quattro testimoni debbono firmare; ma punto non si esige la menzione di queste firme più che quella della firma del testatore; qui ancora la legge si contenta del fatto senza domandare che sia espresso. Ad ogni modo, il principio che tutti i testimoni debbono firmare non s'applica che fuori delle campagne; nelle campagne, posta la difficoltà di riunire nello stesso momento de' testimoni che sappian tutti firmare, il Codice permette di far firmare il testamento dalla metà de' testimoni, uno su due o due su quattro.

Ma che deve intendersi per *campagna*?... È chiaro che un comune non può esser chiamato campagna solo perchè non sia città; chè accanto alle nostre grandi città veggonsi, anche in provincia, de'comuni i quali senza avere il titolo di città son tuttavia più considerevoli di molti capiluoghi di dipartimento! Che anzi, sonovi de'semplici villaggi rurali che presentano una popolazione più numerosa e più agglomerata, più commercio e più movimento, più istruzione e quindi più facilità per trovare de' testimoni capaci di firmare che non il tal borgo o la tale piccola città. Sicchè tutto ciò che qui può dirsi come regola generale è che la firma di tutti i testimoni sarà necessaria ogni qualvolta si tratterà d' una città, per piccola che sia; ma, quando non più si tratti d'una città, dovranno i giudici decidere *in fatto*, senza distinzione di borghi o di villaggi, se il paese ove si è fatto l' atto non sia veramente che una campagna per la sua poca importanza, per la poca popolazione, per la scarsa istruzione. Tal' è eziandio la dottrina degli arresti (1).

II. Egli è manifesto che i notai debbono ragionevolmente, quando non firmano tutti i testimoni, menzionare che il tale o tal testimone non à firmato e per la tal causa; ma diremo con Merlin (v° *Firma*, § 3, art. 2) e col Coin-Delisle (n° 7) che la mancanza di menzione non può qui essere una causa di nullità. Invano il Duranton decide il contrario (IX, 93, e 103) fondandosi sull'art. 14 della legge sul Notariato: già noi abbiam veduto (art. 973, n° 1) che questa legge non è qui punto applicabile; ma inoltre l'art. 14 esige la menzione della mancanza di firma *in quanto alle parti*, non mica pe' testimoni.

975. [901]. — Non potranno prendersi a testimoni del testamento per atto pubblico nè i legatari, a qualsivoglia titolo, nè i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusive, nè i commessi de' notai, da' quali saran ricevuti gli atti (2).

SOMMARIO.

I. Tre classi di persone colpite d' incapacità relative per far da testimoni in un testamento pubblico. Tra gli affini d' un legatario è compreso il suo coniuge.
II. Il sistema del Codice è completo circa al testimoni del testamento pubblico: non ha da tôrre nulla a prestito dalla legge di ventoso. Dissenso dal Duranton e da altri autori.

I. — 35. Il Codice ci farà conoscere sotto l'art. 980 le qualità *generali* che bisogna accogliere in sè per poter essere testimone in un testamento, sia pubblico, sia mistico: qui c'indica le qualità che rendono la tal persona determinata inabile a far da testimone nel testamento pubblico soltanto ed unicamente nel testamento della tal altra persona; val dire che ci presenta le cause d'incapacità relativa.

Tre categorie di persone dichiara incapaci il nostro articolo:

1° I legatari, a qualunque siasi titolo. — Onde, che il legato sia a titolo particolare o a titolo universale, che sia considerevole o modico, che sia puro e semplice o condizionale, quegli al quale è indirizzato non può esser testimone nel testamento pubblico che glielo attribuisce. Ma, se qui la legge esclude tutti i legatari, esclude soltanto quelli che sono veramente legatari, non quelli cui potesse un legato giovare indirettamente; esempligrazia, un curato può esser testimone, malgrado il legato fatto alla sua chiesa, e l'abitante d'un comune malgrado la liberalità fatta a questo comune; attesochè legatario è allora il comune o la chiesa, e non già l'abitante o il curato (V. Cass. 11 sett. 1809).

2° I parenti e gli affini de' legatari fino al quarto grado inclusive. — La legge non parla dei *coniugi* de'legatari, ma vuolsi pur riconoscere che son colpiti della stessa incapacità: quando, perchè la tal donna è legataria, si escludono i parenti del marito, unicamente per questa loro qualità, come mai potrebbe essere in mente della legge d'ammettere esso il marito? Bisogna dunque dire che il Codice à qui compreso sotto il nome generico di affini anche il coniuge, benchè non gli si dia propriamente quel nome. E in fatti è pure un affine il coniuge, anch'egli contrae l'affinità; la contrae a un grado assai più alto che non i suoi parenti, la cui affinità, puramente fittizia e metafisica, non è che la conseguenza della reale affi-

(1) Douai, 1° giug. 1812; Poitiers 13 dic. 1815; Rig. 10 giug. 1817; Poitiers 19 febb. 1823; Bordeaux 7 mar. 1827; Lione 29 nov. 1828; Rig. 10 mar. 1829; Bordeaux 29 april. 1829; Grenoble 22 mar. 1832. — Dev. e Cor. 1833, II, 133.

(2) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il T.*

nità sua: ed appunto perchè il coniuge è *molto più affine* degli altri, è stato distinto da questi mercè l'energica qualificazione di *coniuge*.

3° In fine i commessi del notaio che riceve l'atto o de'due notai, se due notai ricevono l'atto.

II.—36. Si vede che il nostro articolo, combinato cogli art. 971, 974 e 980—896, 900 e 906, forma un sistema compiuto su quanto concerne i testimoni del testamento pubblico; e che quindi, come già più volte abbiam detto, non v'è luogo d'andar a invocare su questo punto le regole differenti della legge sul Notariato. Le quali regole, più severe sotto certi rispetti (dacchè presentano delle cause più numerose d'incapacità), e più facili sotto altri rapporti (posciachè domandano un minor numero di testimoni) ben presentano il sistema generale applicabile ai diversi atti notarili; ma nel solo Codice si trova il sistema particolare ai testamenti: *specialia generalibus derogant*.

Sicchè tutti coloro che non son dichiarati dal nostro articolo incapaci di testimoniare restano capaci; e, sebbene il comma 2° dell'art. 10 della legge di ventoso respinga i parenti, gli affini e i domestici delle parti e de' notai, si potranno qui benissimo ammettere i domestici dei legatari, i parenti, affini e domestici del notaio, i parenti, affini e domestici del testatore (Caen 4 dic. 1812).

37. Questa dottrina, nondimeno, non è ammessa da tutti gli autori. Il Duranton (IX—115), ammettendo pur come noi i parenti, affini e domestici del testatore, vuol respingere in nome della legge di ventoso i domestici dei legatari, indi i parenti, affini e domestici del notaio; Grenier (n° 253), Toullier (n° 402) e Dalloz (cap. 6, sez. 4) tengono lo stesso avviso circa a questi ultimi, senza escludere però i domestici de'legatari. In verità duriamo fatica a renderci conto di queste idee contraddittorie e incoerenti... E per fermo, l'una delle due: o il nostro art. 975 deroga alla legge di ventoso, e allora è forza non ammettere se non le incapacità che esso indica e allontanarsi *in tutto e per tutto* da questa legge di ventoso; ovvero l'articolo non vi deroga altrimenti, e allora la si deve applicare *in tutto e per tutto*... Dunque, se si ammettono alla testimonianza, come fa il Duranton, i parenti, affini e domestici del testatore, conviene ammettervi eziandio quelli del notaio e i domestici dei legatari; se per contra si respingono questi ultimi, è forza per la stessa ragione respingere i primi altresì. Or come non à il Duranton scorta la strana contraddizione, nella quale si gittava? Egli esclude i parenti del notaio e i domestici dei legatari e ammette quelli del testatore; ma perchè dunque ammetter questi ultimi? Non si respinge forse egualmente la legge di ventoso, ove sia applicabile? No, dice il Duranton, atteso che questa legge respinge i parenti, affini e domestici *delle* parti, e il testatore *non deve esser considerato come* PARTE nel senso di questa legge (116). Bene sta; ma come poi il Duranton può egli insegnare altrove (n° 92 e 93) che essa legge s'applichi al testatore in quanto esige (art. 14) che il notaio faccia menzione della firma delle PARTI?...

La verità è che il testatore è *parte* nel suo testamento; e che, se i parenti, affini e domestici di lui possono essere ammessi come testimoni gli è perchè il nostro art. 975, creando un nuovo sistema, deroga all'art. 10 della legge di ventoso. Ma per la medesima ragione vuolsi ben riconoscere che debbono ammettersi i domestici dei legatari (dacchè il nostro articolo esclude solo i loro parenti e gli affini) e i parenti, affini e domestici dei notai (poichè i loro commessi soltanto esclude l'articolo).... La dottrina del Duranton non può tampoco sfuggire a questa osservazione: quando si domanda quali persone sono incapaci di testimoniare in un atto a causa della loro relazione col notaio, la legge fa queste due risposte: 1° pe'diversi atti notarili, lo sono *i parenti, gli affini, i commessi e i domestici di* lui (L. vent. art. 10 2°); 2° pei testamenti, lo sono *i suoi commessi* (art. 975 C. civ.—901). A fronte di queste due risposte, così precise e distinte, come mai è possibile in sul serio una controversia? Se il legislatore non avesse inteso derogare alla legge di ventoso, perchè sarebbe qui venuto a parlar de' commessi, e dei soli commessi (1)?

38. Se il nostro articolo deroga alla legge di ventoso in quanto riflette l'incapacità de' testimoni, in nulla deroga alle regole fermate da quella legge sull'incapacità del notaio o dei notai che istrumentano, postochè di questo punto non s'occupa altrimenti. Dunque siffatta incapacità sarà la stessa per un testamento come per ogni altro atto; e questo testamento non potrebbe quindi venir ricevuto da un notaio che fosse egli stesso legatario o parente o affine del testatore ovvero d'un legatario, in qualunque grado della linea retta, e fino al terzo grado della linea collaterale. Nè potrebbe tampoco venir ricevuto da due notai parenti o affini tra loro ne' medesimi limiti (art. 8 a 10, comma 1°).

976. [902]. — Allorchè il testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, sarà tenuto a firmar le sue disposizioni, sia che le abbia scritte egli stesso, sia che le abbia fatte scrivere da un altro. La carta che conterrà le sue disposizioni o quella che servirà d' involucro, se ve ne à, sarà chiusa

(1) Conf. Rig. 3 agost. 1841 (Dev. 41, I, 965).

e suggellata. In tale stato il testatore la presenterà al notaio ed a sei testimoni almeno, o la farà chiudere e suggellare in loro presenza; e dichiarerà che il contenuto in essa carta è il suo testamento da lui scritto e firmato ovvero scritto da un altro e firmato da lui: il notaio ne stenderà l'atto di soprascrizione, che sarà scritto su questa carta o sul foglio che servirà d'involucro; quest'atto sarà firmato e dal testatore e dal notaio e da' testimoni. Tutte le quali cose saran fatte consecutivamente e senza interruzione; e, in caso che il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo firmato il testamento, non possa firmar l'atto di soprascrizione, sarà menzionata la dichiarazione ch'egli avrà fatta, senza che occorra in tal caso aumentare il numero de'testimoni (1).

SOMMARIO.

I. Osservazioni sul testamento mistico. Se, nel caso della sua nullità, lo scritto che contiene può valer come testamento olografo: dissenso dal Coin-Delisle.

II. *Dello scritto testamentario e della sua chiusura.* — La legge esige l'apposizione d'un suggello: dissenso dal Vazeille e dal Coin-Delisle. — Poco monta da chi si faccia la chiusura e la suggellazione. Inavvertenza del Duranton.

III. *Della presentazione e dell'atto di soprascrizione.* — Quest'atto debb'essere scritto sulla carta chiusa e suggellata: debb'esserlo dal notaio medesimo: dissenso dal Duranton.

IV. *Continuazione.* — L'atto dee far menzione della presentazione e delle dichiarazioni del testatore: dissenso dal Coin-Delisle: osservazione sulla dottrina contraddittoria del Duranton.

V. *Continuazione.* — L'atto resta sottomesso agli art. 8 e 10 della legge di ventoso: dissenso dal Merlin e dal Coin-Delisle.

VI. *Continuazione e fine.* — Firma di tutt'i testimoni, anche nelle campagne. Un secondo notaio non conterebbe per due testimoni. — Impedimento al firmare sopraggiunto al testatore. — Unità di contesto.

I. — 39. Giungiamo all'ultimo modo di testare, al testamento mistico, di cui s'occupano il nostro articolo e i tre seguenti.

Il testamento *mistico*, ossia occulto, segreto, si compone di due parti distinte: 1° l'espressione per iscritto delle volontà del testatore, e 2° il processo verbale che documenta l'osservanza delle diverse formalità richieste dalla legge per provar l'identità dello scritto e prevenire ogni alterazione di questo o sostituzione di nuovo scritto: siffatto verbale appellasi *atto di soprascrizione*. Lo scritto testamentario è l'opera del testatore; l'atto di soprascrizione, che fa di questo scritto un testamento mistico, è l'opera comune del testatore, del notaio e de'testimoni.

Lo scritto destinato a esser sanzionato con la formalità della soprascrizione notarile può essere ancora un mero progetto o costituir già per sè solo un testamento. Evidentemente non è che un progetto quando emana da mano straniera, in tutto o in parte e la sola firma appartiene al disponente, ovvero quando è tutto intero di mano del disponente, ma non porta data (il che non è punto necessario, come più innanzi si vedrà). È già un testamento, al contrario, quando è scritto per intero, datato e sottoscritto dalla persona. Nel primo caso, l'atto di soprascrizione trasforma un *progetto in testamento*; nel secondo, trasforma un *testamento olografo* in *mistico*.

40. Queste osservazioni conduconci a una quistione importante e controversa. — Allorchè un testamento olografo è stato convertito in testamento mistico, la nullità onde potesse esser colpito l'atto di soprascrizione l'annullerebbe assolutamente e in guisa da non lasciarlo altrimenti rivivere come olografo? Per l'affermativa si dice: per effetto dell'atto di soprascrizione non v'à più che un testamento mistico, in modo che, quando questo testamento mistico viene a cadere, *nulla* ne rimane: essendo nulla la forma, la sostanza si trova nulla *per manco di forma* (2).

Questa teorica severa, ma che ci sembra più sottile che esatta, non ci basta l'animo di adottarla. E di fermo, cos'è mai il testamento mistico? È, secondo abbiam detto di sopra e di consenso pur de'nostri avversari, un tutto composto di due parti ben distinte; e, se la seconda parte, l'atto di soprascrizione, è sempre la stessa, non è poi così della prima, la quale è ora un semplice progetto ed ora un vero testamento: il testamento mistico è dunque ora *un progetto rivestito della soprascrizione* ed ora *un testamento olografo rivestito di questa medesima soprascrizione*. Dunque, in quest'ultimo caso, se la *soprascrizione* venga a sparire come irregolare e nulla, resterà *un testamento olografo* non rivestito della soprascrizione, testamento cui nulla può impedir che produca il suo effetto; come, nell'altro caso, sarebbe restato *un semplice progetto*, il quale pertanto non avrebbe avuto veruna efficacia....

E che diviene ora l'obbiezione che, venendo a cader la forma d'un testamento, cada con essa pur la sostanza, perchè allora v'è non solo nullità della forma, sibbene nullità *del testamento*? Queste idee sono indubitatamente esattissime, ma son male applicate. Certo la nullità della forma trae seco la nullità della

(1) Questi due articoli sono affatto conformi.
Il Trad.

(2) Favard (*Rep.*, v° *Testam.*, sez. 1, § 1), Coin-Delisle (n° 15); Poitiers 28 mag. 1824.

sostanza; ma, se la sostanza rivesta a un tempo due forme, come nella nostra specie, la nullità dell'una non produrrà punto la nullità dell'altra. Ben diciamo noi, col Coin-Delisle, che la nullità *della forma* mistica porta la nullità *del testamento* mistico; ma soggiungiamo che la caduta della forma mistica e del testamento mistico lascia sussistere *un testamento olografo*, il quale non era che una *parte* del primo, ma che à continuato (sotto la soprascrizione) e continua tuttavia ad essere un testamento completo, il quale ha la sua sostanza e *la sua forma particolare*...

E come potrebbe esser altrimenti? Quando voi aggiungete a un testamento olografo un atto di soprascrizione inutile alla sua efficacia, come volete che cotesta seconda sorgente di vita possa mai condurci al nulla? La ragione già ne dice che, se cotesta aggiunzione d'una seconda forma, la quale lascia sussistere la prima, non giova al testamento (perchè già aveva piena forza), mai però non può nuocergli. E, difatti, l'una delle due: o la soprascrizione sarà riconosciuta regolare e valida, e il testamento varrà come mistico; ovvero sarà dichiarata nulla e non avvenuta. Ma, se è non avvenuta in dritto, non potrà dunque produrre verun effetto giuridico, nè buono nè cattivo, e il testamento olografo, che, giuridicamente parlando, non avrà mai ricevuto atto di soprascrizione, sarà sempre rimasto quel che era antecedentemente (1).

41. Per altro, la data del testamento mistico non è punto quella dello scritto testamentario, è quella della soprascrizione; attesochè mercè questa soprascrizione lo scritto (sia che precedentemente non fosse altro che un progetto, sia che già costituisse un testamento olografo) è divenuto testamento mistico. Quinci segue che, quando anche lo scritto avesse la data di un'epoca in cui il testatore era interdetto o morto civilmente, il testamento produrrebbe nondimanco i suoi effetti, se la soprascrizione fosse stata fatta in un momento in cui esso testatore aveva il pieno esercizio de'suoi dritti, quando del resto la detta soprascrizione fosse regolare e valida. Ma, se un testamento olografo, datato di un epoca d'incapacità e poscia convertito in testamento mistico allorchè il suo autore era divenuto capace, ricadesse nello stato di testamento olografo per la nullità dell'atto di soprascrizione, è bene aperto che allora non avrebbe più altra data, salvo quella dello scritto medesimo, e sarebbe il testamento d'un incapace.

Ora facciamoci alla spiegazione del testo del nostro articolo, trattando separatamente: 1° dello scritto testamentario e della sua chiusura; indi 2° della sua presentazione al notaio e dell'atto di soprascrizione.

II. — **42.** Le disposizioni che vogliònsi rivestire della forma mistica posson essere scritte da qualunque siasi persona; dal testatore, da un terzo, in parte da una persona e in parte da un altra; ciò che domanda la legge è soltanto che sieno firmate dal testatore. Anzi questa stessa condizione è imposta unicamente al testatore che possa firmare; quegli che non lo potesse, sia per ignoranza sia per altra cagione, non sarebbe perciò privato del vantaggio di fare un testamento mistico; basterebbe che chiamasse un testimone dippiù all'atto di soprascrizione, siccome vedremo dall'articolo seguente. E, poichè la legge lascia piena latitudine circa alla scrittura delle disposizioni, potrebbero dunque, occorrendo, esser anche stampate; e se una persona che non sa leggere i caratteri manoscritti, ma che legge bene i caratteri tipografici volesse a ogni modo fare un testamento mistico, potrebbe giungervi, facendo fare il suo progetto di testamento da un tipografo, nella cui discrezione avesse fiducia.

Lo scritto destinato a ricevere l' atto di soprascrizione non à bisogno d'esser datato; imperocchè diverrà mistico unicamente coll' applicazione che gli sarà fatta di quest' atto di soprascrizione; del che tutti per avventura convengono.

43. Innanzi di presentare le sue disposizioni al notaio e ai testimoni (o nel presentarle loro), il testatore dee chiudere e suggellare o far chiudere e suggellare da un altro, sia la carta medesima su cui esse disposizioni sono scritte (e che si piegherà con lo scritto di dentro e la facciata bianca di fuori), sia un involucro nel quale sarà stato posto lo scritto.

La carta che contiene le disposizioni o quella che forma l' involucro non dee soltanto essere chiusa, deve inoltre esser suggellata; e per conseguenza è necessaria l' apposizione di un suggello. Se non che il Vazeille (n° 4) e il Coin — Delisle (n° 28) pensano non potersi esigere quest'apposizione d'un suggello; e ciò perchè, avendo il vocabolo *sceller* due significati, uno più stretto (*marcare con un suggello, con una impronta*), l' altro più ampio o che è sinonimo di *chiudere esattamente*, nulla obbliga a intender la legge nel senso più rigoroso; che pur si dice che degli oggetti (un vaso o una bottiglia, per esempio) son suggellati, *scellés*, comunque siasi soltanto coverto di cera

(1) Conf. Grenier (art. 276 *bis*), Merlin (rep., V. *Test.* Sez 2, § 4, art. 4), Delvincourt, Toullier (V—480), Duranton (IX — 138), Dalloz (cap. 6. sez. 5), Vazeille (n. 22); Aix 18 genn. 1808 Bastia 14 marzo 1822; Caen 26 genn, 1826; Dijon 28 Febb. 1827; Rig. 23 dic. 1828.

il loro turaccio ordinario, senza imprimervi suggello di sorta.... Ma noi non possiamo adottare questa idea: 1° perchè il solo significato proprio della parola *suggellare, sceller*, si è apporre un suggello, un'impronta; 2° perchè questo significato proprio è pur quello del nostro articolo, il quale esige insiememente che la carta sia *chiusa* dapprima, *clos*, e poi suggellata, *scellé*, 3° in fine perchè, se una bottiglia, chiusa ordinariamente col solo turaccio, può dirsi suggellata, quando sovresso il turaccio si è applicata della cera, non è già lo stesso della carta chiusa con cera, ostie o colla, stantechè è questa la chiusura ordinaria, la semplice *clôture* delle carte, delle lettere, di guisa che siffattamente la carta sarebbe pur chiusa, ma non chiusa e suggellata, *clos et scellé*. — Che la legge non abbia altrimenti richiesto dal testatore il suo proprio suggello, un suggello speciale che porti le sue inizisli o le sue armi, in modo da non potersi confondere con nu altro o fraudolentemente surrogarvene un altro; che non abbia richiesta la descrizione di cotesto suggello, *ne varietur*; che quindi non abbia prescritte le precauzioni utili in simil caso, gli è un punto incontrastabile; che la legge, esigendo il suggello, senza darsi pensiero di garentirne l'effetto protettore, sia incompleta e renda poco utile siffatta suggellazione, è verissimo ancora; ma la non è unica una ragione per dipartirsi dalle prescrizioni della legge: qui si tratta di forme; queste forme son richieste a pena di nullità (art. 1001); è forza dunque seguirle scrupolosamente e riconoscere che il testamento sarà nullo, se la carta che lo contiene o che gli serve da involucro non è *chiusa e suggellata* (1).

44. Poco monta, del rimanente, su che sia apposto il suggello; lo sarà non men validamente su le ostie che su la cera. Non rileva tampoco, come detto abbiamo, di qual suggello si sia fatto uso: importa soltanto che la carta sia chiusa in modo (*clos*) da non potersi aprire senza romper la chiusura, e suggellata, *scellé*, val dire che porti l' impronta d' un suggello qualunque.

Poco cale in fine quando e da chi sia chiusa e suggellata la carta; e non si comprende come il Duranton abbia potuto scrivere (n. 124) che la seconda formalità da adempiere è che la carta sia chiusa e suggellata *dal notaio in presenza dei testimoni*: » questa non può essere che un' inavvertenza del dotto professore. Poco cale *quando* sia fatta l' operazione; giacchè la legge domanda che il testatore faccia chiudere e suggellare la carta presenti il notaio e i testimoni, soltanto allorchè egli non la rechi chiusa e suggellata anticipatamente. Poco cale altresì *da chi* sia fatta l' operazione; postochè l' articolo dice soltanto che *la carta sarà chiusa e suggellata*, e che *il testatore la presenterà chiusa e suggellata* o che *la farà chiudere e suggellare* nel presentarla.

III.—45. Dopo che sarà stata chiusa e suggellata o nel tempo stesso che la farà chiudere e suggellare, deve il testatore presentar la carta a un notaio e a sei testimoni, dichiarando loro esser quello il suo testamento, ed essere scritto e firmato da lui, o firmato da lui e scritto in tutto o in parte da un'altra persona o da più altre persone, secondo i casi.

Di questa presentazione e di questa dichiarazione del testatore il notaio stende di sua mano un processo verbale, che si denomina *atto di soprascrizione*, perchè è *scritto sopra* la stessa carta che si è chiusa e suggellata.

Niuno oppugna che l' atto di soprascrizione debba essere scritto sulla stessa carta che è stata chiusa e suggellata, e che vi sarebbe nullità del testamento mistico, se quest' atto fosse scritto su un foglio separato (2). Bensì avvi controversia su questi altri due punti: 1° che il processo verbale dev' essere scritto di mano del notaio; 2° che dee documentare la presentazione e la dichiarazione fatte dal testatore. Fermiamo dunque ciascuno di questi due punti.

46. Il Duranton insegna (IX-127) che l'atto di soprascrizione possa bene, come tutti gli atti notarili, essere scritto da un commesso del notaio. Le ragioni che egli ne allega sono: 1° che la legge non richiede dal notaio la menzione della scrittura, donde si può conchiudere, secondo lui, che questa scrittura non deve necessariamente emanar dal notaio; 2° che il nostro articolo esige soltanto che l' atto sia *dressé* dal notaio, e che ben si può *dresser* un atto senza scriverlo; che tutti gli atti notarili debbono, secondo la legge di ventoso anno XI, essere *dressés* dai notai, il che non vuol dire che debbano da loro essere scritti.

Del primo argomento in verità non comprendiamo il valore. E di fermo, non esige punto la legge che il notaio menzioni d' avere egli stesso scritto l' atto; ma come mai segue da ciò che non esiga neppure ch'egli l'abbia realmente scritto? la legge non esige la menzione del fatto, dunque non esige il fatto! L' art. 970 — 895 non esige che il testatore menzioni il fatto di avere scritto di propria mano il suo testamento; or ne inferirà mai il Duranton che neppure il fatto sia necessario?

(1) Merlin (rep. v. *Test.* sez. 2, § 3, art. 3 n. 11), Toullier (V,-463), Delvincourt, Duranton (IX-124), Dalloz (cap. 6, sez. 5 art. 3), Ponjol (n. 5); Douai, Rig. 7 agos. 1810; Brusa. 18 febb. 1818, Grenier, dopo aver professata l' idea contraria à in ultimo accettata questa dottrina (3. ed., n. 261 *bis*.,

(2) Torino 5 piovoso anno XIII; Bourges 10 agosto 1813, Rig. 6 giug 1815.

Nè più solido è per avventura il secondo argomento. Imperocchè *dresser* una cosa si è prepararla in intero, *dresser* un atto si è non solamente compilarlo, (*le rédiger*) ma apprestarlo all'apposizione delle firme; dunque scriverlo. La legge del notariato, checchè ne dica il Duranton, non dice in niun luogo che i notai *dresseront* i loro atti, non parla di atti *dressés* dai notai; parla degli atti che i notai ricevono, *reçoivent* (art. 1, 8, 9, 12, 20, 29); ed essa stessa ci prova che *dresser* significa *scrivere*; giacchè nell'art. 22 dice che, prima di rilasciare una minuta (in virtù di sentenza), i notai *en dresseront et signeront une copie*: or egli è chiaro che, quando si tratta di prender copia, non può esser quistione di compilare, *rédiger*, ma soltanto di *scrivere*... Arrogi che il nostro articolo è la riproduzione letterale dell'art. 9 dell'ordinanza del 1735, il quale diceva: *le notaire dressera l' acte de suscription*; or sempre fu ricevuto, siccome attestano Furgole e lo stesso d'Aguessean, che questo art. 9 obbligava il notaio a scriver egli medesimo l' atto, talmente che, i notai de' paesi di dritto scritto avendo sulle prime lottato contro questo senso della legge, una dichiarazione interpretativa del 6 marzo 1751 spiega positivamente che essi soli doveano *scriver* l'atto, sotto pena di nullità (1).

Con ragione adunque è generalmente ripudiato il sentimento del Duranton (2).

IV. — 47. Il Coin-Delisle (45 a 51) è venuto a sostenere alla sua volta contro l' opinione generale, che l' atto di soprascrizione non debba di necessità menzionare la presentazione e la dichiarazione fatte dal testatore. — La dissidenza su questo punto fra il detto autore e tutti gli altri nasce dell' interpretazione del pronome NE nelle parole: *il notaio* NE *stenderà l' atto di soprascrizione*. L' opinione generale fa riferire il pronome *ne* a tutta la parte precedente della frase, in guisa che il senso sarebbe: *Il testatore presenterà* (il suo testamento)....., *dichiarerà che*..... *e il notaio ne stenderà* (stenderà di ciò, con questi elementi) *l' atto di soprascrizione*. Secondo il Coin-Delisle, all' opposto, il pronome *ne* si riferirebbe alla parola *testamento*, per modo che il senso sarebbe: *il notaio stenderà l' atto di soprascrizione del testamento*. — È facile ravvisare le conseguenze diverse di questi due sistemi: Se l' articolo significa che il notaio stenderà l' atto *mercè gli elementi su indicati*, saravvi necessità di esprimere che il testatore à presentato al notaio ed ai testimoni una carta chiusa e suggellata (o che egli à fatto in lor presenza chiudere e suggellare), o che à dichiarato esser quello il suo testamento da lui firmato, scritto da... Se, per converso, l' articolo significa soltanto che il notaio stenderà *l' atto di soprascrizione del testamento*, senza indicare di quali elementi dovrà comporsi quest' atto, il notaio rimarrà libero di menzionare o di omettere ciò che vorrà, senza che possa mai esservi nullità.

Ad escludere l' interpretazione generalmente ammessa, il Coin-Delisle dice che, se le parole *il notaio* ec. significano: *il notaio mediante questi elementi stenderà l' atto di soprascrizione*, vi sarà un error di grammatica; attesochè presentando allora le parole *atto di soprascrizione* un senso indefinito (chè non persone se ne è parlato, sarebbe stato duopo farle precedere, non già dall'articolo definito *lo*, sibbene dall' aggettivo *un*. Ma innanzi tratto niuno ignora che il testo delle nostre leggi brulica di errori simili, se non più gravi. E poi, forsechè cotesto errore non disparirebbe, sottintendendo le parole *del testamento*, cui difatti il pensiero naturalmente supplisce?... Vediamo, all'incontro, se non si presti ed obbiezioni ben altrimenti serie il sistema del Coin-Delisle. — E primamente, è egli facile concepire che quel pronome *ne* si riferisca a un nome posto *nove righe* più giù, in cambio di riferirsi alla proposizione che immediatamente lo precede? massime quando le parole testamento mistico son separate da esso pronome mediante due frasi che terminano ciascuna con un *punto* finale! Indarno fa notare il Coin-Delisle che la punteggiatura dell' art. 9 dell' ordinanza era diversa e che v' eran *due punti* là dove il consiglio di Stato *si avvisò* mettere il punto fermo; imperocchè con la sua redazione *attuale* fu l' articolo discusso, approvato e sancito. Ma giungiamo ormai ad argomenti che, in luogo di riflettere le parole o le virgole, riflettono le cose. Se vero fosse che la legge, domandando un atto di soprascrizione, non esiga la tale o tal menzione; se tutte le enunciazioni, assoluta-

(1) Il lettore comprenderà la ragione che ci à fatto lasciar in francese la parola in quistione in questo numero, nonchè quelle che il Marcadé reca in mezzo a sostegno della sua interpretazione, che del resto è quella di tutti gli autori, tranne il solo Duranton, e che anche a noi sembra irrecusabile. La discussione sarebbe divenuta inintelligibile, se avessimo tradotto il vocabolo *dresser* per *stendere*; nè su quest' ultima, ch' è la parola adoperata dal nostro legislatore, potrebbe elevarsi il dubbio che il Duranton eleva sulla parola *dresser*; giacchè de' due elementi onde si compone l' operazione del notaio, la *compilazione* cioè e la *scrittura*, l' atto intellettuale e l' atto materiale, il verbo *stendere* esprime piuttosto il secondo, e lascia sottinteso il primo, intorno al quale certamente niuno vorrebbe contendere che al notaio sia imposto. *Il Trad.*

(2) Merlin (*ivi*), § 2, art. 4, n. 5), Grenier (n. 271) Delvincourt, Favard (v. Testam., sez. I, § 4), Toullier (V-481) Dalloz (*ivi*), Poujol (n. 12), Coin-Delisle (n. 35).

mente tutte, fossero pel notaio facoltative, di che dunque si comporrebbe cotesto atto di soprascrizione?... Non si vede egli che sarebbe una celia, e che la prescrizione della legge tornerebbe come a dire: ei vi è rigorosamente ingiunto, sotto pena di nullità, di stendere un atto il quale spieghi ciò che a voi piaccia di spiegare, e nel quale vi piaccia di non dir nulla?

Riconosciamo pertanto che il pronome *en* à qui il significato di quelle viete locuzioni *dont, de quoi, de tout quoi*, e si riferisce ai fatti che abbiamo indicati e che il notaio dee menzionare: sicchè il notaio dovrà scrivere, e sotto pena di nullità, che N. gli à presentato, in presenza dei sei testimoni sottoscritti, una carta chiusa e suggellata (o una carta che è stata chiusa e suggellata in presenza di tutti loro), dichiarandogli che questa carta conteneva ec. Tal è, in fatti, la dottrina degli autori e della giurisprudenza (1) (2).

48. Egli è evidente, del resto, che nulla ànno di sacramentale le menzioni, e che possono esser fatte in termini equivalenti a quelli del nostro articolo. Onde, quando si dice che il testatore *à consegnato* (invece di *à presentato*), che à consegnato al notaio *in presenza de' testimoni* (in luogo di dire *ed ai testimoni*), che à dichiarato di aver firmato il suo testamento *dopo averlo dettato a un terzo* (in cambio di *dopo averlo fatto scrivere da un terzo*), la giurisprudenza decide, e ragionevolmente, esservi sufficiente menzione.

In fondo tal è senza dubbio il concetto che à voluto esprimere il Duranton nelle proposizioni contradittorie che à scritto su questo punto. E di fermo, egli si fa dal dire, che *il manco di menzione delle diverse formalità non produce punto la nullità*, ma soggiunge: *purchè risulti dal contesto dell'atto di soprascrizione che sieno state osservate*... Ripete poi più giù che l'art. 976-902 *non prescrive punto queste menzioni*; che certamente è mestieri che tutte le formalità volute sieno puntualmente osservate, ma che *la prova della loro osservanza* può ben risultare *dall'insieme e dal contesto dell'atto* di soprascrizione. E finisce col ridire per la terza volta: « Fa duopo risulti *dall'atto stesso* che queste formalità sono state osservate, del che non si può *prendere altrove* la prova; ma *la menzione* di queste formalità è una formalità particolare *che il Codice non prescrive altrimenti*... » Ma evidentemente, perchè la prova dell'osservanza di queste formalità risulti *dall'atto stesso* e senza che s'abbia a cercarla *altrove*, è pur mestieri che cotale osservanza sia enunciata, espressa; or qual mai differenza intercede fra la *enunciazione* o la *espressione* e la *menzione*?.. Certo il Duranton à voluto dire che non esige il Codice una menzione in termini sacramentali nè tampoco una menzione speciale e precisa per ciascuna formalità, e che basta una menzione qualsiasi.

Vero è che, malgrado questa spiegazione, non ancora il passaggio del Duranton può del tutto schivar la taccia di contraddizione. In fatti, il dotto professore dichiara non accettare la decisione onde la corte suprema pronunziò (28 dic. 1812) la nullità di un atto di soprascrizione, nel quale non era detto da chi era stato scritto e firmato il testamento. Or non emergeva punto *dall'atto stesso di soprascrizione* che *tutte le formalità* prescritte dal nostro articolo si fossero osservate: *altronde*, cioè fuor dell'atto di soprascrizione, si sarebbe potuto conoscere se il testatore avea fatta la dichiarazione richiesta in quanto alla scrittura e alla firma. Dunque, giusta i principî del medesimo Duranton, si dovea proclamar nullo questo testamento, che egli tuttavia tien per *valido*.

V. — 49. L'atto di soprascrizione, essendo un atto notarile, si trova dunque in generale sottomesso alle regole prescritte dalla legge di ventoso anno XI; ma non è esso un atto notarile ordinario, epperò quelle regole non gli son tutte applicabili. Gli si applicheranno le regole relative alla competenza de'notai (art. 6); all'enunciazione de' nomi e della dimora del notaio, de' nomi e delle dimore de' testimoni; all'indicazione del luogo, dell'anno e del giorno in cui si fa l'atto (art. 12); alla forma delle postille e dei rimandi (art. 15); alle addizioni, interlinee, parole cancellate (art. 16). Ma gli si dovranno egualmente applicare le disposizioni degli artic. 8 e 10?... Noi crediamo di no; ma questa soluzione, la quale per altro è altamente combattuta in quanto spetta il secondo di quegli articoli, vuol esser pure presentata con un'osservazione che ne restringe il valore.

L'art. 8 è quello che vieta ai notai di rice-

(1) Merlin (*ivi*, § 3, art. 3, n° 11), Grenier (n° 264), Toullier (V—171, 172), Delvincourt I.), Demante (II, 350), Duranton (IX—130), Vazeille (n° 9); C. cass. 7 apr. 1806, 8 apr. 1806, 7 ago. 1806, 11 magg. 1811, 28 dic. 1812; e numerosi arresti di Corti d'appello, segnatamente Bordeaux 3 magg. 1828; Tolosa 19 giug. 1830.

(2) L'art. 902 delle nostre *Leggi Civili* non dà luogo alla discettazione che il Marcadè à sostenuta contro il Coin-Delisle; postochè non vi si trova nè il pronome *ne*, nè altra locuzione equivalente; ma, dopo un punto fermo invece de'due punti, vi si legge: *Il notaio formerà l'atto di soprascrizione*... Se ciò sia con vantaggio della chiarezza e della precisione grammaticale, non vogliam dire: ma certo può qui meglio applicarsi l'osservazione fatta dal Coin-Delisle sulla inopportunità dell'articolo definito *lo* che precede la parole *atto di soprascriziona*, quando di esso atto non si è altrimenti favellato antecedentemente. *Il Traduttore*

vere gli atti, in cui sieno parti i loro parenti o gli affini, o che contengano disposizioni in favor di essi parenti o affini. Or questo articolo è qui evidentemente applicabile; ma solo, ben s'intende, per ciò che riguarda l'atto di soprascrizione, mercecchè quest'atto soltanto, e non mica il testamento rinchiusovi, si trova essere un atto notarile. Dunque un notaio non potrebbe stendere un atto di soprascrizione per un testatore che fosse suo parente o suo affine entro i limiti di quest'articolo 8, essendo questo testatore parte nell'atto di soprascrizione. Ma qui rimane l'incapacità; e il notaio potrà benissimo ricever l'atto di soprascrizione d'un estraneo, ancorchè il testamento rinchiusovi contenesse delle disposizioni a favore dei parenti e affini del notaio o a favor del notaio medesimo. Ciò è manifesto; dappoichè questo testamento non è mica un atto ricevuto dal notaio: atto notarile è unicamente l'atto di soprascrizione, e quest'atto non contiene disposizioni a favor di chicchessia.

Una simile osservazione bisogna fare sull'art. 10. Questo articolo (comma 2°) proibisce di ammettere come testimoni i parenti, gli affini, i commessi o i domestici del notaio o delle parti; or, se questa regola può qui applicarsi ai notaio e al testatore, non può di certo applicarsi ai legatari: de' parenti o degli affini di questi legatari, e ancor più essi legatari medesimi, possono esser testimoni. Il che è evidente per una doppia ragione: 1° il testamento essendo qui segreto (almeno legalmente), è ben impossibile fondare un' incapacità *legale* sopra un fatto *legalmente* ignorato. I legatari sono o legalmente si reputano non conosciuti: può senza fallo il testatore rinunziare al segreto che gli offre la legge e far note a chi gli piaccia le sue disposizioni; ma questa cognizione data, ac non è *illegale*, è però *estralegale*, è in dritto non avvenuta; in dritto non si conoscono i legatari, e non si può quindi pensar di escludere questi legatari nè i loro parenti, affini o domestici. 2° La legge non esclude che i parenti gli affini o i domestici di coloro che son parti nell'atto cui riceve il notaio; or non già il testamento inchiuso è qui atto notarile, sì soltanto l'atto di soprascrizione, nel quale il solo che sia parte è il testatore (1).

50. La sola quistione possibile è dunque questa: si debbono escludere dalla testimonianza i parenti, gli affini, i commessi e i domestici del notaio e del testatore? È questo il punto che noi abbiam risoluto per l'affermativa, avvertendo che v'era contestazione.

Il Merlin (§ 3, art. 2, n. 8) e il Coin — Delisle (art. 980, n. 39) insegnano il contrario. Il Codice, dicono, à creato un sistema speciale pe' testimoni testamentari; à dunque derogato al sistema generale della legge di ventoso; or, siccome questo sistema speciale indica delle incapacità solo pel testamento pubblico (art. 975) e niuna ne formola pel testamento mistico, ne segue che tutti coloro che riuniscono le qualità generali volute dall' art. 980 potranno testimoniare in quest'ultimo testamento. Il dubbio, soggiungono, non è possibile su questo punto; atantechè il relatore del tribunato, Jaubert, spiegò positivamente « non potersi invocar qui la legge sull'ordinamento del notariato, e gli stessi commessi del notaio non esser punto esclusi dal testamento mistico » — Agevole è per avventura la risposta. Il Jaubert parlava siffattamente innanzi al tribunato, esprimendo ai suoi colleghi l'opinion sua personale: or ciò che prova, non potersene indurre che questa opinione fosse adottata o dal corpo legislativo o anche dal tribunato, ciò che potrebbe anzi far credere l' opposto, si è che quello fra i tribuni, cui fu commesso di recare al corpo legislativo il voto del tribunato, il Favard, è precisamente uno degli autori che ànno scritto nel nostro senso.... ed ora, è vero che il Codice deroga alla legge di ventoso per quanto riguarda i testimoni testamentari, ma vi deroga pe' punti di cui tratta, non già per quelli su cui si tace. E, dopo avere accuratamente regolate le incapacità de' testimoni del testamento pubblico, non fa pur motto delle incapacità de' testimoni del testamento mistico; e per consegnenza queste incapacità restan sottomesse alle regole generali (2).

VI — 51. Il rimanente del nostro art. 976 non presenta difficoltà. Innanzi tratto, l'atto di soprascrizione dev' essere firmato dal testatore, dal notaio e dai sei testimoni senza che la legge permetta qui, come fa pel testa-

(1) Queste stesse ragioni ci danno facile risposta ad una quistione su cui due distinti autori son caduti in abbaglio.

Il Grenier (n° 268) e il Favard (sez. I, § 4, n° 5) insegnano che vi sarebbe nullità, se il testamento fosse stato scritto da un individuo che è egli stesso legatario e che si trova poi uno de' testimoni all'atto di soprascrizione. Questo è un errore patente. E di fermo, ov' è il testo che pronunci per questo caso la nullità?... Nè i legatari nè la persona da cui il testatore à potuto fare scrivere non si conoscono o non si presume legalmente che sieno conosciuti se non dopo la morte del testatore, all' apertura del testamento; laonde poco rileva che colui il quale avesse scritte le disposizioni, quando pur fosse legatario, si trovi poscia esser un de' testimoni o anche lo stesso notaio che stende l'atto di soprascrizione. Ciò dicono benissimo il Merlin (sez. 2, § 3, art. 8 e 20), il Toullier (V-467), il Delvincourt e il Coin-Delisle.

(2) Maleville, Grenier (n. 270), Delvincour, Toullier (V — 468), Delaporte (Pand., art. 975). Favard (V. Testam., sez 1, § 4), Duranton (IX — 141), Dalloz (art. 6, n. 6), Vazeille (n. 16), Poujol n. 8.

mento pubblico, di contentarsi nelle campagne della firma della metà de' testimoni. Sarà dunque forza trovar sei testimoni che sappiano e possano firmare: *dura lex, sed lex*.. Neppur dispenserebbe da questo numero la presenza d'un notaio fra i testimoni: null'altro sarebbe questo notaio che un testimone; giacchè niun testo permette di render generale la regola particolare dell'art. 971 — 896 e di dire in un modo assoluto che un notaio val due testimoni. Ligia, forse troppo, alle tradizioni romane, la legge richiede tenacemente la presenza di *sette* persone; e tanto è ciò vero che l' articolo dell' ordinanza, invece di chiamaro il notaio con sei testimoni, chiamava SETTE *testimoni, compreso il notaio*. — Che se il testatore medesimo, per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmate le sue disposizioni, non potesse firmar l' atto di soprascrizione, basterebbe la dichiarazione ch' egli ne facesse, la quale dovrebb' essere menzionata dal notaio. Non basterebbe, notiamo bene, che il notaio esprimesse che il testatore *non à potuto firmare*; bisogna che enuncii che *gli à dichiarato* di non poter firmare. Ma non è punto necessario menzionar la causa dell' impedimento.

52. Le formalità della presentazione e della redazione dell' atto di soprascriziono debbon farsi consecutivamente e senza intervallo; val diro, siccome esprime la legge stessa, che non si deve interrompere la serie delle formalità per occuparsi di altri affari e che non bisogna permettersi altro riposo, tranne quello imposto dalla salute delle persone. Del resto, punto non si richiede la menzione di questa unità di contesto.

977. [903]. — Se il testatore non sa firmare o non à potuto farlo quando à scritte le sue disposizioni, sarà chiamato all' atto di sottoscrizione un testimone al di là del numero prescritto nell'articolo precedente, il quale firmerà l'atto cogli altri testimoni; e vi sarà fatta menzione della causa per la quale questo testimone sarà stato chiamato (1).

53. L' ultima parte del precedente articolo ha preveduto il caso d' un testatore che, dopo aver firmate le sue disposizioni, non può firmare l'atto di soprascrizione, e la legge si appaga allora della dichiarazione del testatore a tal riguardo, dichiarazione cui deve enunciare il notaio. Qui la legge suppone cho il testatore, il quale non può firmare la soprascrizione, non abbia nemmeno potuto firmar le sue disposizioni; ed esige allora che sia chiamato un settimo testimone, il quale al pari degli altri sel possa firmare.

Dovendo questo testimone esser chiamato *all'atto di soprascrizione, oltre* agli altri sei e al pari di questi, non basterebbe dunque che venisse soltanto per la fine dell'operazione; deve assistere all'insieme di quest'operazione, e dev'esser documentato dall'atto che la tal persona à presentata la tal carta ed à fatte le tali dichiarazioni al notaio ed ai sette testimoni, essendo uno di questi stato chiamato perchè la detta persona non avea potuto firmare la carta. Del rimanente, il nostro articolo esige pure che sia menzionata la causa, perchè è chiamato il settimo testimone, ossia l' impossibilità di firmare da parte del testatore; ma punto non esige che s'indichi la causa di questa impossibilità.

978. [904]. — Coloro che non sanno o non posson leggere non potran fare disposizioni nella forma del testamento mistico (2).

54. Egli è duopo che l' individuo, il quale presenta una carta al notaio e ai testimoni, dicendo che contiene il suo testamento, possa essere personalmente certo dell'esattezza della sua dichiarazione; è dunque mestieri che abbia potuto leggere questa carta, quando si è trattato di presentarla.

Abbiamo già detto (art. 976, n° II) che una persona la quale non sa leggere i caratteri manoscritti, laddove legge bene lo stampato (il che talvolta interviene a persone che fanno bene la loro firma) potrebbe a rigore fare stampar le sue disposizioni. Il Grenier (n° 458) seguendo il Fourgole, e il Duranton (n° 135) insegnano cho bisogna saper leggere il manoscritto; ma parlano soltanto in tesi generale e per esprimere questa idea, certo esattissima, che la persona la quale non legge che lo stampato si trova, in quanto ai testamenti manoscritti, fra coloro che non san leggere. Ninno autore, che noi sappiamo, si è spiegato sul caso d' un testamento stampato: il Coin-Delisle (n° 2.) dice soltanto, e con ragione, che, se una persona sa leggere la scrittura tipografica e un'altra persona le abbia scritto il testamento in modo da dare alle lettere la forma de' caratteri tipografici, non si potrebbe pronunciare la nullità. Ma perchè dunque e in forza di qual testo la si pronunzierebbe, qualora il terzo, in cambio d'imitare i caratteri tipografici, si fosse proprio servito di questi caratteri? e non sarebbe questa pur sempre una scrittura? scrittura che il testatore avrebbe potuto leggere!.. Il Coin-Delisle in un altro luogo va molto più in là di noi e presenta una dottrina che dee

(1 e 2) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

sembrar più dubbia, quando ammette la validità del testamento che un cieco avesse fatto imprimere in caratteri rilevati, affine di poterli leggere per mezzo del tatto. Pure noi accogliamo la sua opinione; mercecchè, sebbene d'ordinario non si legga che cogli occhi, è esatto il dire che *leggere* si è in generale prender cognizione di ciò che sta scritto mediante la percezione e l'intelligenza de'caratteri. Spetterebbe ai giudici, in caso di contestazione, decidere *in fatto* se il cieco, per le sue abitudini e il suo grado d'intelligenza e d'abilità, à veramente potuto leggere il testamento, ossia ben coglierne il senso.

979. [905]. — In caso che il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà fare un testamento mistico, a condizione che sia interamante scritto, datato e firmato di sua mano, ch'egli lo presenti al notaio cd ai testimoni, e che in testa all'atto di soprascrizione scriva, in loro presenza, che la carta che presenta è il suo testamento: dopo di che il notaio scriverà l'atto di soprascrizione, nel quale sarà fatta menzione che il testatore à scritte quelle parole, presenti il notaio e i testimoni, e sarà inoltre osservato tutto ciò che è prescritto dall'articolo 976 (1).

55. Per fare un testamento mistico, non basta di poter leggere le disposizioni che si sono scritte o fatte scrivere; è duopo eziandio essere in istato di far sapere al notaio ed ai testimoni che la carta che loro si presenta è un testamento. Per farlo sapere vi sarebbero tre mezzi: la parola, la scrittura e i segni. La legge non ammette mai quest'ultimo mezzo, ancorchè s'indirizzasse a un notaio e a testimoni che potessero comprenderlo; ma permette la scrittura a chi non può servirsi della parola. Laonde tutti coloro che non posson parlare, per qualsivoglia causa, potran fare un testamento mistico, se sappiano scrivere.

Ad ogni modo, la legge si mostra in questo più esigente che ne' casi ordinarî; dacchè, oltre all'attestazione (cui la persona deve allora scrivere in testa all'atto di soprascrizione) che la carta che presenta contiene il suo testamento, attestazione che tien luogo della dichiarazione verbale, tre nuove formalità aggiunge la legge: 1° potendo il testatore scrivere, la legge approfitta di questa circostanza per esigere che il testamento sia scritto per intero di sua mano; 2° non contenta dell'attestazione apposta in testa alla soprascrizione di mano del testatore, vuole la legge che il notaio enunci ancora che quelle parole à scritte il testatore medesimo, presenti lui e i testimoni; 3° infine richiede la legge che la carta, scritta per intero e firmata dalla persona, porti inoltre la data della sua redazione.

Egli è per fermo impossibile giustificare quest'ultimo rigore del quale in fatti unica causa è l'inattenzione de' compilatori del Codice. L'ordinanza del 1735 aveva col suo art. 38 rigorosamente prescritta per qualunque atto d'ultima volontà la data della disposizione, anche ne' testamenti mistici, i quali dovean portare e la data della disposizione e quella della soprascrizione; epperò era stato affatto naturale che l'art. 12 esigesse eziandio questa data nel nostro caso particolare, così applicando la regola generale. I nostri compilatori, abolendo la regola generale, e quindi dispensando il testamento mistico dal presentare la data della redazione dello scritto testamentario, obbliarono senza dubbio di modificare in tal senso l'art. 12, e per inavvertenza lo riprodussero quale era nel nostro articolo. Checchè ne sia, e per quanto poco logica possa esser oggi questa prescrizione, l'omissione di siffatta formalità produrrebbe pur sempre la nullità del testamento, il quale per mancanza di data non potrebbe valere nè come mistico nè come olografo.

980. [906]. — I testimoni chiamati per esser presenti al testamento dovranno esser maschi, maggiori, sudditi dello Stato (2) e godere dei diritti civili (3).

SOMMARIO.

I. Quattro qualità costituiscono la capacità assoluta dei testimoni testamentari. Significato delle parole *sudditi del re*: controversia. — La legge di ventoso non s'applica qui. — Della capacità putativa.
II. Delle incapacità naturali: cecità, sordità, mutismo, inintelligenza della lingua del testatore.

I. — **56.** Questo articolo addita le qualità generali che presentar debbono i testimoni testamentari, e s'applica insieme al testamento mistico e al testamento pubblico.

Le due prime qualità richieste dall'articolo, quelle di *maschi* e di *maggiori*, non possono per avventura offrir difficoltà; ma non è lo stesso della terza. Le parole *sudditi del re*, adoperate sotto i re, non son sempre state, ognun l'intendo, nel nostro articolo: nella compilazione del Codice sotto la repubblica si era domandato che i testimoni fossero *repubblicoli* (era l'espressione sostituita a quella di *regnicoli* dell'ordinanza del 1735); nel 1807 sotto l'impero, la parola *repubblicolo* fe luogo

(1) Questi due articoli sono affatto conformi.
Il Trad.

(2) Il testo della monarchia (non ancora mutato in questo momento) porta *sudditi del re*.

(3) Questi due articoli sono affatto conformi.
Il Trad.

alle parole *sudditi dell' imperatore*, le quali nel 1816 furono cambiate in *sudditi del re*.

Il Delvincourt e il Vazeille (num. 11), fondandosi sul motivo che le parole *sudditi del re* si trovavan messe in sostituzione di *repubblicoli* e *regnicoli*, pensano che significavano semplicemente *abitanti del reame*, donde conchiudono che altri può esser testimone in un testamento senza esser Francese, sol perchè sia domiciliato in Francia, purchè però vi abbia il godimento de' dritti civili, come esige la fine dell' articolo; dicono che, quando anche si stesse rigorosamente al senso delle parole *sudditi del re*, che essi credono messe per disattenzione, la loro decisione non potrebbe punto perciò venir rigettata, atteso che lo straniero, ammesso *per autorizzazione del re* a stabilire il suo domicilio in Francia, ai trovava fino a un certo punto *suddito del re*. In questo senso giudicò pure un arresto di Torino del 10 aprile 1809. — Ma gli è un errore. E primamente, la parola *regnicolo* non aveva nelle nostre antiche leggi il significato che sembra risultare dalla sua etimologia; era un termine di giurisprudenza che valeva, non già *abitante* del reame, ma *suddito* del reame, e che si opponeva a quello di *aubain* (*alibi natus*) o straniero: « Noi chiamiamo *regnicoli*, diceva Domat, i sudditi del re, e gli stranieri sono i sudditi d'un altro Stato (1. prol., t. II, sez. 2 num. 11). » Con ragione ed esattissimamente alle parole *regnicoli* e *repubblicoli* erausi sostituite queste altre: *sudditi dell'imperatore, sudditi del re*. Ora è chiaro che *suddito del re* era sinonimo di *Francese*; e che degli stranieri, ezisndio autorizzati a stabilir loro domicilio in Francia, non son punto perciò sudditi del governo. Laonde è duopo che i testimoni testamentari sieno Francesi; e tale in fatti è la dottrina degli autori e degli arresti (1).

È duopo infine che i Francesi chiamati a testimoniare ne'testamenti abbiano il godimento de' dritti civili. E, beninteso, si tratta qui, come in parecchi altri articoli del Codice (segnatamente gli art. 11 e 13), del godimento nel senso ampio della parola, del godimento pieno e intero, che comprende altresì l'esercizio de'dritti, sicchè sono incapaci d'esser testimoni non solo i morti civilmente, ma quelli che trovansi colpiti d' interdizione giudiziaria o legale (v. C. pen. art. 28, 34, 42).

57. Le condizioni richieste pe' testimoni testamentari sono dunque di esser Francese, maschio, maggiore e di aver l'esercizio dei dritti civili. Queste quattro condizioni son le sole (salvo, beninteso, i casi d' incapacità relativa, che abbiamo spiegati sotto gli art. 975 e 976); e non v' è luogo di qui esigere quelle che son domandate dall' art. 9 della legge di ventoso, ossia: che i testimoni sieno cittadini, che sappiano firmare e che sieno domiciliati nel circondario. Abbiam veduto, in fatti, che il Codice, in quanto concerne i testimoni testamentari, deroga alla legge di ventoso per tutti i punti di cui esso si occupa, or, poichè esso ci presenta un articolo speciale per regolare le qualità che aver debbono questi testimoni, gli è dunque un de' punti su i quali trovasi inapplicabile la legge di ventoso. Per tanto l' individuo, il quale à ottenuto per via di naturalizzazione la qualità di Francese, senza aver quella di cittadino, potrà esser testimone, e così colui che non sapesse firmare, nel caso espresso dall' art. 974; infine importerà poco di sapere ove sarà domiciliato il Francese, e dovrebbe essere ammesso ancor quando avesse il suo dimicilio fuori di Francia, attesochè sarebbe pur sempre suddito dello Stato. La dottrina del Toullier (V. 367) e di alquanti arresti, secondo la quale il testimone dovrebbe esser domiciliato nel circondario, è stata dunque giustamente rigettata dalla maggioranza degli autori e dalla giurisprudenza (2).

58. Per altro, non chiede già la legge una capacità putativa, sibbene una capacità reale, effettiva; e non basterebbe punto per la validità del testamento che il testatore avesse creduto all'esistenza delle qualità volute nei testimoni che n' eran destituiti. Tuttavia, siccome la legge non à certamente voluto sottomettere l' esercizio del dritto di testare a condizioni impossibili, si dee mantenere il testamento quando l'errore era davvero invincibile: e questo è il sistema seguito dalla giurisprudenza (3).

II. — 59. Oltre alle incapacità assolute risultanti dal manco d' una delle quattro condizioni richieste dal nostro articolo e alle incapacità relative determinate dall' art. 975-901

(1) Merlin (v° *Test. istr.*, § 2, num. 2), Toullier e Duvergier (V. 395), Favard (v. *Testam.* sez. 1, § 3 art. 2), Duranton (IX, 105), Dalloz (cap. 6, sez. 4, art. 5), Poujol (art. 975 num. 4), Coin-Delisle (n. 7) e Grenier (num. 247) il quale aveva dapprima insegnato il contrario; Rennes 11 agosto 1809; Rig 23 genn. 1811; Colmar 13 febb. 1818; Tolosa 10 maggio 1826; Rig. 23 apr. 1828.

(2) Merlin, *ivi*; Grenier, n° 287; Duranton IX—112, Coin-Delisle, n.i 17 e 18; Bruss. 13 dic. 1808; Limoges 7 dic. 1809. Douai 27 apr. 1812; Caen 19 agos. 1812; Parigi 18 apr. 1814; Rouen 16 nov. 1818; Bordeaux 17 magg. 1821; Orleans 11 agos. 1823; Bordeaux 18 agost. 1823; Rig. 17 agos. 1824 e 10 magg. 1825; Cass. 4 genn. 1836; Rouen 13 marz. 1840; Rig. 3 agost. 1841 (Dev. 41, 1, 865).

(3) Vedete fra gli altri arresti, Limoges 7 dic. 1809; Grenoble 11 agosto 1811: Colmar 13 luglio 1829 Rig. 28 febb. 1821; Metz 28 marzo 1822; Colmar 17 lug. 1828 Rig. 18 gennaio 1830; Agen e Rig. 31 lug. 1831; Aix 30 lug. 1828 (Dev. 31, 1, 452; 39, 2, 85).

(pel testamento pubblico) e dalla legge di ventoso (pel testamento mistico), possono ancora esservi diverse cause d'impedimento che sonosi chiamate incapacità naturali e che sono piuttosto delle impossibilità fisiche che delle incapacità. Vogliam parlare delle circostanze che mettessero un testimone fuori stato di adempiere alla missione che la legge gli affida.

Così primamente il cieco non può mai essere testimone; non potendo da sè medesimo sapere se è il notaio che scrive, sia il testamento, sia la soprascrizione, se tutti i testimoni sono e restano presenti ec. — Il sordo assolutamente sordo non può esser testimone nel testamento pubblico; dappoichè non udirebbe nè la dettatura del testatore nè la lettura che poi dee fare il notaio: e non può esserlo neppure nel testamento mistico ordinario, stantechè non udirebbe il testatore dichiarare se il suo testamento è scritto e firmato da lui o se firmato soltanto. Ma egli potrebbe essere ammesso al testamento mistico di colui che non parla; giacchè potrebbe leggere al pari degli altri testimoni l'enunciazione che il testatore fa allora per iscritto di tal circostanza. — In quanto al muto, siccome un testimone non à mai nulla da dire nè pel testamento pubblico nè pel testamento mistico, non lo renderebbe inabile la sua infermità; purchè però fosse in istato di render testimonianza di ciò che fosse avvenuto, ossia purchè potesse esprimersi vuoi con la scrittura, vuoi coi gesti.—È evidente infine che non sarebbero mica validamente testimoni coloro i quali fossero al tutto fuori stato di comprendere la lingua, l'idioma o il dialetto in cui s'esprimesse il testatore; eccetto, beninteso se si trattasse d'un testamento mistico, e il testatore, il quale non potesse parlar francese, si giovasse dell'art. 979-905, scrivendo, invece di pronunziarla, la menzione voluta dalla legge (dopo aver avuto cura di scrivere egli stesso, datare e firmare le sue disposizioni, siccome esige il detto articolo): in questo caso, non dovendo altrimenti parlare il testatore, poco rileva che i testimoni non comprendano la sua lingua; basta che possano attestare, aver egli scritto ciò che precede l'atto di soprascrizione, e lui stesso aver firmato quest'atto.

SEZIONE II.

Delle regole particolari sulla forma di certi testamenti.

60. Le regole particolari che qui si annunziano son relative a quattro casi, pe' quali la legge si discosta dalle forme rigorose stabilite nella precedente sezione. I quattro casi sono quelli: 1. del testamento militare; 2. del testamento fatto in un luogo col quale le comunicazioni sono interrotte per effetto d'un contagio; 3. del testamento fatto per mare; 4. infine del testamento fatto in paese straniero da un Francese.

La sezione tratta del testamento militare negli artic. 981 a 984-907 a 910; del testamento fatto per mare negli art. 988 a 997-914 a 923; nell'art. 998-924 presenta una regola comune a tutti e tre i casi; tratta del testamento fatto all'estero negli art. 999 e 1000-925 e 926; e infine pone nell'art. 1001-927 una disposizione che s'applica a tutti i casi preveduti dalle due sezioni e la quale dichiara che tutte le formalità, generali o particolari che sieno, richieste dal Codice pe' testamenti, son richieste tutte a pena di nullità.

Da quest'art. 1001-927 si scorge non esser la rubrica della nostra sezione punto più esatta di quella della precedente. È di fermo, annunziandoci soltanto delle *regole particolari*, la nostra sezione II contiene tuttavia una regola quanto altra mai generale; come la sezione I, malgrado il suo titolo di *regole generali*, presenta buon numero di disposizioni particolari a talune determinate specie di testamenti. La qual mancanza di metodo non lascia d'esser feconda di difficoltà; ed è una quistione controversa di sapere quali tra le regole della prima sezione debbon reputarsi regole generali e pertanto applicarsi a' casi preveduti nella sezione che ci facciamo a spiegare. Siffatta quistione sarà per noi disaminata sotto l'art. 998.

981. [907]. — **I testamenti de' militari e degl' individui impiegati nell'esercito potranno, in qualsivoglia paese, esser ricevuti da un capo di battaglione o di squadrone, o da ogni altro uffiziale di un grado superiore, in presenza di due testimoni, o da due commissari di guerra o da un solo in presenza di due testimoni (1).**

61. Il testamento militare non è permesso se non a coloro che son soldati o applicati all'esercito per una commissione del governo, purchè inoltre si trovino nelle congiunture che c'indicherà l'art. 983. In quanto a coloro che seguissero l'esercito senza missione pubblica, non posson eglino invocare il nostro articolo, non essendo legalmente impiegati militari.

Il testamento militare può esser ricevuto: 1° da un capo di battaglione o di squadrone o da qualunque altro uffiziale superiore assistito da

(1) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

due testimoni; 2. da un intendente o sottintendente militare (sostituiti dopo il 1817 ai commissarî di guerra) egualmente assistito da due testimoni; 3. da due intendenti o sottintendenti militari, senza bisogno di testimoni. — Ei sembrerebbe naturale di riconoscere negli uffiziali superiori, come negli intendenti o sottintendenti, il dritto di procedere senza testimoni, qualora agiscano a due congiuntamente. Ma punto nol dice il nostro articolo; e per conseguenza cotesti due uffiziali sarebbero senza potere; il secondo non potrebbe servir che da testimone e dovrebbe essergli aggiunto un altro testimone, onde il testamento potesse venir ricevuto. Ma, d'altra banda, la competenza degli uffiziali e degli intendenti non è qui relativa, come nell'art. 89-91 per le funzioni di uffiziali di stato civile; è assoluta per tutti i membri dell'armata, e gl' intendenti o sottintendenti posson ricevere il testamento dei soldati, come gli uffiziali posson ricevere quello degli impiegati.

982. [908]. Potranno ancora, se il testatore sia infermo o ferito, esser ricevuti dall' uffiziale sanitario in capo, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dell' ospedale (1).

62. Negli ospizi, per poco considerevoli che sieno, e comunque si tratti d'un'ambulanza di poco conto, il testamento può esser ricevuto, non solo da' funzionari designati nel precedente articolo, ma ancora dall' uffiziale sanitario in capo di quell' ospedale, assistito dall' uffiziale militare insignito del comando. Poco rileva quali sieno i gradi di questi uffiziali: il primo, sia pur un semplice aiutante maggiore; il secondo, sia pur un luogotenente, potranno ricevere il testamento, e senz'aver duopo di testimoni, tosto che sien preposti, l' uno al servizio sanitario, l'altro al comando. Ma dovran procedere unitamente; e l' uno di essi non potrebbe stender l' atto senza il concorso dell' altro, ancorchè in presenza di testimoni. Del resto, per far nascere la competenza dei due uffiziali, è mestieri che quegli, di cui si à a ricevere il testamento, sia infermo o ferito.

983. [909]. — Le disposizioni degli articoli precedenti non avran luogo se non in favore di quelli che saranno in ispedizione militare, o in quartiere o in guarnigione fuori del territorio francese, o prigionieri del nemico, senza che possano profittarne quelli che sieno in quartiere o in guarnigione nell'interno, salvo si trovino in una piazza assediata o in una cittadella o in altri luoghi, di cui sieno a causa della guerra chiuse le porte e interrotte le comunicazioni (2).

63. Questo articolo è tanto chiaro che non abbisogna di svolgimenti. Diciamo soltanto che il dritto di testare militarmente non può appartenere, secondo noi, al militare che à ricevuto il congedo nè all'impiegato che à data la dimissione o subita la destituzione. Il Coin-Delisle pensa che il militare, il quale riceve congedo diffinitivo, deve ancora goder de' benefizi annessi alla sua qualità finchè non abbia toccato il territorio francese. Ma noi non possiamo caldeggiar questa opinione; perocchè stiamo qui in una materia tutta di dritto civile, e le cui disposizioni non sono da estendersi nè da restringersi al di là delle regole positive del Codice; or l'art. 981-907 non parla che del testamento dei militari e colui che ha ricevuto il congedo non è più militare.

Non sarebbe però lo stesso, checchè ne abbia detto il Delvincourt (sul fondamento d'una legge romana inapplicabile tra noi) dell'uffiziale superiore, a cui si fosse tolto il comando, e del quale fosse giunto il successore. A Roma, i capi delle milizie cessavano di esser militari in forza della loro rivocazione; in Francia, all'opposto, l'uffiziale resta pur sempre uffiziale e conserva il suo grado, quando gli si toglie il comando di cui era incaricato. Or, poichè è tuttavia uffiziale, tuttavia militare, può dunque testare militarmente finchè è ritenuto con le truppe fuori del territorio, o in un luogo del territorio, di cui per effetto della guerra sono interrotte le comunicazioni.

984. [910]. — Il testamento fatto nella forma suddetta sarà nullo sei mesi dopo che il testatore sia ritornato in un luogo, ove abbia la libertà di adoperar le forme ordinarie (3).

64. Il ragguaglio fra i tre articoli 984, 987 e 996-910, 913 e 922 fa vedere che i tre testamenti privilegiati, onde vi si fa parola, perdono il loro valore dopo un certo lasso di tempo (or di sei mesi, ora di tre) dal momento che il loro autore si è trovato in questa doppia circostanza: 1. perdita del dritto di testare eccezionalmente; 2. possibilità di testare in una delle forme ordinarie. Tal è il principio che il nostro articolo esprime d' un modo incompleto, quando parla soltanto d' un testatore che torni in un luogo ove può adoperar le forme ordinarie: per fermo non bisognava parlare solo del testatore *che esce dal luogo ove poteva* testare militarmente; sibbene in modo più generico del testatore *che per una causa qualunque perda il dritto* di testare militarmente, e

(1, 2 e 3) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

che abbia daltronde la possibilità di testare in forma ordinaria. Così per esempio, che un militare il quale riceve il congedo resti all'esercito come domestico d'un uffiziale, dopo aver testato militarmente; se, perdendo il dritto di testare militarmente, quest' individuo si trovi in grado di testare in una delle forme ordinarie (se, esempligrazia, sa scrivere al punto da poter fare un testamento olografo), cominciano incontanente a decorrere i sei mesi, spirati i quali il suo testamento militare sarà nullo; ma, se non può testare olografamente, questi sei mesi non correranno che dal dì in cui avrà potuto indirizzarsi a un uffiziale pubblico ordinario. Onde, durante i sei mesi, pigliando le mosse dall'uno o dall'altro punto, il testatore non à più il dritto *di fare* un testamento privilegiato, ma conserva tuttavia il dritto d'avere quello che aveva fatto.

Che se, prima di spirare i sei mesi, il testatore si trovasse di bel nuovo nelle condizioni volute per testare militarmente, il suo dritto *d'avere* un testamento militare, non essendo cessato, continuerebbe senza interruzione; epperò il testamento primitivo rimarrebbe valido fino allo spirare di sei mesi a far tempo da una nuova causa di decadenza. Ma, se dopo i sei mesi ricuperasse il testatore il dritto di testare militarmente, avendo allora cessato di valere il primo testamento, è chiaro che il suo autore dovrebbe farne un novello, ove non volesse morire intestato.

985. [911] — I testamenti fatti in un luogo, col quale, a causa della peste o d'altra malattia contagiosa, sieno interrotte le comunicazioni, potranno esser fatti innanzi al giudice di pace o ad uno degli uffiziali municipali del comune, in presenza di due testimoni (1).

986. [912] — Questa disposizione avrà luogo tanto rispetto a coloro, i quali fossero presi da quelle malattie, quanto a coloro che stessero ne' luoghi che ne fossero infetti, ancorchè non infermi attualmente eglino stessi (2).

987. [913]. — I testamenti mentovati ne' due articoli precedenti diverranno nulli sei mesi dopo ristabilite le comunicazioni nel luogo, ove trovasi il testatore, o sei mesi dopo ch'egli sia passato in un luogo, ove quelle non sieno interrotte (3).

65. Allorchè, per effetto d'un contagio, le comunicazioni sono interrotte con un paese, tutte le persone che trovansi in questo paese, sieno o no colpite dalla malattia, posson fare stendere il loro testamento dal giudice di pace del cantone o dal suo supplente, ovvero dal sindaco o dagli aggiunti del loro comune, purchè l'uffiziale redattore sia assistito da due testimoni. Il Delaporte à scritto che un supplente di giudice di pace non sarebbe competente, per la ragione che gli *assessori* che esistevano presso i giudici di pace alla compilazione del Codice, compresi prima nel progetto del nostro articolo, ne furon tolti di poi. Questa ragione è senza valore; giacchè gli assessori erano ben altra cosa che i nostri supplenti attuali: il supplente sostituisce il giudice di pace in secondo, e sostiene le funzioni di giudice in primo, quando il giudice in primo è impedito; gli assessori, per contrario, nulla far poteano di ciò che faceva il giudice di pace, eran soltanto incaricati d'assistere questo magistrato, il quale non potea giudicare senza il loro concorso. Ma poichè, sotto la condizione d'un semplice impedimento del giudice di pace, il supplente è giudice di pace anch'egli, il dritto conferito all'uno dal nostro art.colo appartiene dunque all'altro sotto la detta condizione.

Il Coin-Delisle, che rigetta come noi l'opinione del Delaporte, insegna non esservi luogo all'applicazione de' nostri articoli che quando le comunicazioni sono interrotte *officialmente*. Ma quest' idea non ci pare adottabile; noi pensiamo col Bousquet che gli abitanti del paese colpito dalla pestilenza possono usare del benefizio della legge dal momento che di fatto sono interrotte le comunicazioni, senza aver bisogno di sapere se l'autorità amministrativa abbia presi degli espedienti; conciossiachè il Codice non richiede un' interruzione ufficiale delle comunicazioni, e niuno à il dritto d'essere più severo del Codice: non può d'altra banda il dritto degli infelici abitanti patir detrimento per la negligenza d'un prefetto.

66. Il testamento così fatto resta valido, al pari del testamento militare, per sei mesi a contar dal giorno in cui il suo autore à perduto il dritto di farlo e à potuto testare nella forma ordinaria (art. 984-910).

67. Ai nostri articoli vuolsi aggiungere l'art. 19 della legge del 2 mar. 1822, che autorizza i membri delle autorità sanitarie a ricevere secondo le stesse regole, nei lazzaretti e in altri luoghi riservati, i testamenti delle persone che vi si trovino in quarantina.

988. [914]. I testamenti fatti per mare, durante il corso d'un viaggio, potranno esser ricevuti:

A bordo de' vascelli e altri bastimenti dello Stato, dall'uffiziale che li comanda

(1, 2 e 3) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

o in mancanza di lui, da quello che lo supplisce nell'ordine del servizio, l'uno o l'altro congiuntamente coll'uffiziale dell'amministrazione o con quello che ne fa le funzioni.

E a bordo de' legni commerciali, dallo scrivano della nave o da chi ne fa le funzioni, l'uno o l'altro congiuntamente col capitano, proprietario o padrone o, in loro mancanza, con chi ne fa le veci.

In tutti i casi, questi testamenti dovranno esser ricevuti in presenza di due testimoni (1).

989. [915]. Su' bastimenti dello Stato, il testamento del capitano o quello dell'uffiziale amministrativo, e su' bastimenti del commercio quello del capitano proprietario o padrone o quello dello scrivano potranno esser ricevuti da coloro che vengon dopo di essi nell'ordine del servizio, conformandosi pel dippiù alle disposizioni dell'articolo precedente (2).

68. Il testamento fatto per mare non può esser ricevuto che da due uffiziali riuniti e assistiti in oltre da due testimoni. Osserviamo ancora che gli uffiziali o altre persone che vengano immediatamente nell'ordine del servizio dopo quelli designati dalla legge, non posson prendersi che in mancanza dei primi; sicchè un luogotenente, a mo' d'esempio, sarebbe incompetente, se il capitano fosse presente e in istato di ricevere l'atto.

Se non che àvvi questa differenza tra i bastimenti da guerra e i legni da commercio, che su i primi riceve l'atto l'uffiziale coll'assistenza dello scrivano; laddove è tutto all'opposto su i secondi: il che forse è così perchè, come dice il Delvincourt, si è temuto che il capitano o padrone d'un bastimento mercantile non fosse sempre abbastanza istrutto.

Quando il testamento che trattasi di ricevere è precisamente quello d'una delle persone incaricate di ricevere il testamento degli altri, è il caso di ricorrere per ragion d'impedimento all'uffiziale o impiegato che segue immediatamente nell'ordine del servizio.

990. [916]. In tutt'i casi, il testamento mentovato ne'due precedenti articoli sarà fatto in doppio originale (3).

991. [917]. Se il bastimento approda in un porto straniero, nel quale si trovi un console di Francia, coloro che avran ricevuto il testamento saran tenuti a depositare uno degli originali chiuso e suggellato, nelle mani di esso console, il quale lo farà pervenire al ministro della marina: e questi ne farà fare il deposito nella cancelleria del giudicato di pace del luogo del domicilio del testatore (4).

992. [918]. Al ritorno del bastimento in Francia, sia nel porto dell'armamento, sia in altro porto diverso, i due originali del testamento, egualmente chiusi e suggellati, o l'originale che rimarrà, se conformemente al precedente articolo l'altro sia stato depositato durante il corso del viaggio, saran consegnati all'uffizio del preposto all'iscrizione marittima; il quale li trasmetterà senza indugio al ministro della marina che ne ordinerà il deposito, siccome è detto nel medesimo articolo (5).

69. Egli è aperto che questi tre articoli àn per unico scopo di sottrarre il testamento fatto per mare ai pericoli a cui è esposto: quelli che essi articoli prescrivono son de' mezzi di conservazione materiale, indifferenti alla perfezione giuridica dell'atto, e non mica delle regole di forma. È chiaro che un testamento avrà sempre la medesima forma, sia che sen facciano due esemplari, sia che un solo, e o passi o no per le mani del ministro della marina.

Quinci segue che a questi tre articoli non s'applicherà punto il principio di nullità fermato dall'articolo 1001-927. Tuttavia il Delvincourt insegna che il testamento sarebbe nullo per non essere stato fatto in due originali. Ma gli è un errore; giacchè è manifesto che, se la legge domanda i due originali, è perchè si sia sicuro di ritrovarne uno: lo dimostra abbastanza l'insieme de' nostri tre articoli. Per la qual cosa l'idea del Delvincourt è rigettata dagli autori che sonosi spiegati su questo punto (V. sull'art. 992 Delaporte, Vazeille e Coin-Delisle) (6).

70. Dal dovere il ministro della marina rimettere il testamento alla cancelleria del giudicato di pace, il Delaporte e il Vazeille àn conchiuso che il cancelliere rimarrà depositario della minuta e che a lui incomberà di rilasciarne la spedizione autentica. È patente però che

(1,2,3,4 e 5) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

(6) In quanto al Duranton (IX, 164 a 166), egli riproduce senza più il testo della legge. — Meno ancora dice il Toullier, il quale si contenta, per *l'intera sezione*, di dire che « nulla v'è da aggiungere su tal riguardo alle disposizioni del Codice, che sono sufficientemente chiare. » (V—185 *bis*).—A questo silenzio è venuta a supplire alquanto una nota del Duvergier nell'edizione pubblicata dal dotto continuatore del Toullier; ma questa nota non concerne che una sola quistione, che noi esamineremo nel n° IV dell'art. 999, e non fa motto delle controversie di cui avremo a occuparci sull'art. 994, sul 997, sul 998 e nei num. I, II e III dell'art. 999.

siffatta conseguenza non risulta punto nè poco dal suo preteso principio. E vaglia il vero, la legge fa depositario il cancelliere del plico suggellato che gli spedisce il ministro; ma, siccome il legislatore non dice chi ne farà l'apertura, nè con quali formalità dovrà farsi, nè chi resterà depositario dopo l'apertura, è chiaro che questi diversi punti rimangon sottomessi al diritto comune. Dunque, una volta conosciuta la morte del testatore, dovrà il testamento esser presentato al presidente del tribunale civile, il quale ne stenderà il processo verbale e ordinerà il deposito presso un notaio (art. 1007-933 C. civ.; 917 e 918-994 e 995 C. proc.). Se la legge ordina d'indirizzare il plico al giudicato di pace piuttosto che al tribunal civile, gli è senza dubbio perchè il giudice di pace molto più facilmente del presidente del tribunale avrà cognizione della morte del testatore, come colui che sta sopra luogo, nel cantone, e al quale è duopo indirizzarsi per l'apposizione de' suggelli.

993. [919] Sul ruolo della nave, in margine del nome del testatore, sarà fatta menzione della consegna eseguita degli originali del testamento, sia nelle mani di un console, sia all'ufficio d' un preposto alla iscrizione marittima (1).

71. Anche questa è una formalità evidentemente estranea alla validità del testamento, e che à per iscopo di procacciar delle indicazioni alle parti interessate.

994. [920]. Il testamento non si reputerà fatto in mare, benchè lo sia stato nel corso del viaggio, se nel tempo in cui si sia fatto la nave avesse approdato a una terra, sia straniera, sia della dominazione francese, in cui vi fosse un uffiziale pubblico francese; nel qual caso non sarà valido se non siasi steso secondo le forme prescritte in Francia o secondo quelle esistenti nel paese, ove sarà stato fatto (2).

72. Ancorchè il testamento fosse fatto durante il corso d' un viaggio, non si reputerebbe altrimenti fatto per mare, se all'istante della sua formazione, il bastimento avesse approdato a un paese ove si trovasse un uffiziale francese avente missione per ricevere i testamenti nelle forme ordinarie; attesochè allora la competenza regolare e generale di questo funzionario francese fa cessare la competenza eccezionale degli ufficiali del bastimento. Cotalchè la persona che vuol testare in questo caso deve indirizzarsi, sia: 1° al funzionario francese, se si sta in Francia; sia 2° se si sta in estero paese, o a questo funzionario francese o al funzionario del paese, a sua scelta.

Ma, se il paese in cui si sta, sia in Francia sia all'estero, non à funzionario francese, continua la competenza eccezionale degli uffiziali del bastimento; onde, comunque si stia in una città straniera ove si trovano dei funzionari del paese e quindi le persone del bastimento possano scendere a terra per testarvi secondo la regola *locus regit actum* (art. 999-925), queste persone avran tuttavia il dritto di fare a bordo un testamento marittimo; potranno ottare. Non la presenza di uffiziali stranieri doveva far cessare i poteri degli uffiziali del bastimento, ma soltanto la presenza d'un uffiziale pubblico francese: così richiedeano la ragione e la dignità nazionale; e questo esprime ben chiaro il nostro articolo, quando dice che gli uffiziali della nave perderanno i loro poteri, se questa nave approdi *a una terra* (vuoi straniera, vuoi della dominazione francese) *ove sia un uffiziale pubblico francese*. Laonde la competenza degli uffiziali della nave non cessa che innanzi al notaio d'un paese francese o innanzi al console francese del paese straniero (vedi art. 999).

72 *bis*. Pure gli autori àn disconosciuto questo senso sì evidente del nostro articolo. Il Delvincourt, e 'l Duranton (IX-159), il Vazeille e il Poujol insegnano che la competenza degli uffiziali del bastimento cessa sol perchè si approdi a un paese straniero, ancorchè non vi sia funzionario francese. Per giungere a tal risultamento, gli autori spiegano le parole *ove sia un uffiziale francese* come se fossero in attinenza soltanto con l' idea di *terra francese* e senza verun rapporto coll' idea di *terra straniera*; e fan dire all' articolo: « se la nave avesse approdato, sia ad una terra straniera, sia ad una terra francese, ove si trovi un uffiziale francese. » Ma per fermo non dice questo l' articolo; dice: « *se la nave avesse approdato a una terra*, sia straniera sia francese, *ove fosse un uffiziale francese*. » Sicchè il caso *unico*, che prevede l'articolo, è quello dell' *approdo in un paese*, *ove si trovi un funzionario francese*, e poco monta che il paese sia francese o straniero. E non a caso trovasi nella legge questa redazione; essa è l' espressione d' una dottrina anteriore al Codice (V. Valin, art. 1°, tit. II del l. III), e i termini del progetto, benchè diversi in altre parti dell'articolo, eran gli stessi in questo.

Il più strano si è di veder gli autori, dopo aver così snaturata la disposizione del nostro articolo e immaginato pe' funzionari stranieri sugli uffiziali della nave una preferenza che non esiste punto, stupirsi eglino medesimi di cotesta pretesa preferenza e oppugnarla! « La

(1 e 2) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

legge, dice il Vazeille, antepone, *non si sa perchè*, gli uffiziali stranieri del paese agli uffiziali francesi del bastimento. » Mainò, la legge non antepone agli uffiziali del bastimento gli uffiziali stranieri, sì soltanto *l'uffiziale pubblico francese*.

995. [921]. Le disposizioni che precedono saran comuni a' testamenti fatti da semplici passaggieri, che non sieno parte dell'equipaggio (1).

73. L'ordinanza della marina del 1681, a differenza del Codice, non avendo permesso di disporre per testamento marittimo che degli effetti cui il testatore aveva nel bastimento o de' *salari* che gli eran dovuti, alcuni commentatori (combattuti da Valin e Furgole) ne avean conchiuso, questo testamento non essere autorizzato che per la gente dell'equipaggio. Il Codice à voluto prevenir siffatta idea, dichiarando che di questa forma di testamento può chiunque avvalersi.

996. [922]. Il testamento fatto per mare nella forma prescritta dall'art. 988 non sarà valido, se il testatore non morirà in mare o fra tre mesi dopo che sarà sceso a terra o in un luogo ove abbia potuto rifarlo nelle forme ordinarie (2).

74. Le spiegazioni date sull'art. 984 anche a questo evidentemente si applicano:—Laonde dopo tre mesi dacchè il testatoro *à perduto il dritto* di far un testamento marittimo e à potuto farne uno nella forma ordinaria, questo testamento marittimo divien nullo. Dunque, ancorchè esso testatore fosse disceso in un luogo, ove non sono uffiziali pubblici, il suo testamento marittimo sarebbe egualmente nullo in capo a tre mesi, se egli fosse in istato di testare olografamente; nel caso opposto, i tre mesi non correrebbero che dal dì in cui avesse potuto indirizzarsi a un uffiziale pubblico. — Così ancora continuerebbe a valere il testamento, se innanzi di spirar i tre mesi il testatore ricominciasse un nuovo viaggio per mare.

997. [923]. Il testamento fatto per mare non potrà contenere veruna disposizione a favor degli uffiziali del bastimento, se non sieno parenti del testatore (3).

75. Secondo il Duranton (IX-168) e il Poujol (n° 5), non pure la disposizione che fosse fatta a favor d'un uffiziale non parente del testatore sarebbe nulla, ma trarrebbe seco eziandio la nullità dell'intero testamento. Questa dottrina, cui respingono Malcville, Delaporte, Vazeille e Coin-Delisle, non va a grado neppure a noi. E per fermo, il nostro articolo dice che il testamento non può contener disposizioni a favor degli uffiziali; e quinci risulta bensì la nullità di queste disposizioni, ma non ne discende punto la nullità del resto del testamento. Non si argomenti, come fa il Duranton, dalla nullità che la legge di ventoso pronunzia pel testamento pubblico contenente una disposizione a favore del notaio che lo riceva; dappoichè, oltre che le nullità non debbono estendersi per analogia, l'analogia non esiste tampoco; chè non contro l'uffiziale che riceve il testamento, sibbene contro tutti gli uffiziali della nave come uffiziali è diretta l'incapacità del nostro articolo. La legge di ventoso dichiara incapace il notaio che istromenta, perchè non è conveniente che un atto sia ricevuto da un uffiziale che si trova esservi una delle parti interessate; ma qui all'incontro l'incapacità ricade su tutti gli uffiziali della nave, in questa sola qualità e a causa dell'influenza che possono esercitare sulle persone che trovansi a bordo.

E non pure questa incapacità, a differenza di quella della legge di ventoso, è stabilita contro tutti gli uffiziali invece d'esserlo contro l'uffiziale che riceve il testamento, ma esiste per tutti i testamenti fatti in mare, ed altresì per quelli che non fossero ricevuti dagli uffiziali. Onde, persino in un testamento olografo, non potrebbe il testatore fare alcuna disposizione a pro' degli uffiziali. Ciò dimostra apertamente il ragguaglio de' nostri due articoli 996 e 987-922 e 923; nel primo de' quali si restringe entro un certo termine la validità del testamento fatto in mare *nella forma dell'art.* 988-914, ovechè nel secondo si proclama il divieto delle liberalità di cui si tratta in qualunque testamento fatto per mare. E di fermo, non sarebbe egli facile agli uffiziali di farsi fare un testamento olografo come di farsene dettare un altro? Del resto, in tutto ciò il nostro articolo riproduce senza più le disposizioni dell'ordinanza del 1681, il cui art. 3 dichiarava nulle le disposizioni fatte, anche con un testamento olografo, a favore degli uffiziali, ma senza estendere la nullità al rimanente del testamento.

76. L'uffiziale divien capace di ricevere dal testatore, quando è suo parente. Il Duranton (n. 167) e il Coin — Deliste (n. 4) dicono che, per produrre quest' effetto, la parentela dev' essere fra il dodicesimo grado inclusive, attesochè al di là di questo la legge non riconosce più parentela. La verità di siffatta dottrina è evidente, e non comprendiamo come il Vazeille abbia potuto trovarla arbitraria. Giacchè in fine, se ammettete i parenti del tredi-

(1, 2 e 3) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

cesimo e del quattordicesimo grado, vi sarà forza ammetter pure quelli del quindicesimo o del sedicesimo, poi quelli del ventesimo e del trentesimo, senza potervi più arrestare! val dire che dovrete ammettere *chiunque si sia* e sopprimere il divieto; chè, tostochè togliete la limitazione dei gradi, non troverete in tutto l'universo due uomini che non sieno parenti; postochè *tutti* gli uomini sono cugini, discendendo *tutti* da un medesimo autore.... Dunque quando si voglion distinguer delle persone che chiamerannosi parenti ed altre che punto nol saranno, converrà *assolutamente* fissare, in modo espresso o tacito, una limitazione di grado, al di qua e al di là della quale esisterà o non esisterà più la parentela. Cotalchè il nostro articolo suppone una limitazione; e, se ne suppone una, è di necessità quella della legge, quella del duodecimo grado. E notate che questa computazione legale (che pur sarebbe duopo accettare, quand'anche fosse troppo stretta, sol perchè è quella della legge) è invece ampia anzichè no, atteso che nel mondo si cessa ordinariamente di riguardarsi come parenti al nono o al decimo grado.

998. [924]. **I testamenti compresi negli articoli che precedono della presente sezione saran firmati dai testatori e da coloro che gli avranno ricevuti (1).**

Se il testatore dichiari di non sapere o non poter firmare, sarà fatta menzione della sua dichiarazione, nonchè della causa che gl'impedisca di firmare.

Nei casi in cui è richiesta la presenza di due testimoni, il testamento sarà firmato almeno da un di essi e sarà fatta menzione della causa, per la quale l'altro non abbia firmato

SOMMARIO.

I. Regole sulla firma de' testamenti privilegiati.
II. Queste regole e quelle che tracciano gli altri articoli della presente sezione son le sole applicabili ai testamenti eccezionali: dissenso dal Coin-Delisle.
III. I notai possono eziandio ricevere i testamenti nella forma privilegiata.

I. — 77. Dopo aver fermate negli otto articoli precedenti delle regole che non concernono più le forme propriamente dette del testamento, e le cui disposizioni pertanto non cadono più sotto l'art. 1001, ritorna il Codice nel nostro articolo a queste forme, e stabilisce una regola comune ai tre testamenti privilegiati. Questi testamenti debbono esser firmati: 1° dal testatore, salvo ne sia impedito; 2° da uno almeno dei due testimoni richiesti; 3° in fine da colui o da coloro che ricevono il testamento.

Quanto il testatore non firma, deve egli stesso dichiarare il suo impedimento; e dee farsi menzione della sua dichiarazione come altresì della causa dell' impedimento: onde l'uffiziale estensore non deve enunziar l'impedimento da sè stesso; deve esprimerlo come dichiarato dal testatore. Allorchè non firma uno de'testimoni, l'impedimento e la causa dell'impedimento debbono parimenti esprimersi; ma basta che gli enunzi da sè l'estensore, senza altrimenti menzionare una dichiarazione del testimone.

II. 78. Le regole segnate in questo articolo e quelle che abbiam già incontrate in questa sezione II son esse le sole che bisogni applicare ai testamenti eccezionali, ovvero questi sottostanno eziandio a talune delle regole della sez. I?

Il Coin-Delisle (*Osserv. prel. sulla sez.*) vuole si applichino alla nostra sezione tutti quelli fra gli articoli della precedente, le cui disposizioni non si trovino inconciliabili con quelle che qui incontriamo. Onde l'art. 969 — 894, il quale ammette tre specie di testamenti (olografo, mistico e pubblico); l'art. 975 — 901, il quale vieta di prendere a testimoni i legatari e i loro parenti o affini nel quarto grado; l'art. 980. — 906, il quale esige che i testimoni sieno maschi, Francesi ec, governano, secondo il Coin — Delisle, non meno la nostra sezione che quella in cui sono scritti. Ma noi punto non adottiamo questa opinione; pensiamo che la nostra sezione basti a sè stessa e che non abbia altrimenti da completarsi mercè regole della sezione precedente (2). Ecco le considerazioni che ci determinano:

79. 1° Il Codice nel cominciar la nostra sezione si è bene astenuto dal dire (come à fatto nel cominciar il cap. V del *titolo degli Atti dello stato civile*, per gli atti relativi ai militari fuori del territorio) che si seguirebbero le regole precedenti, salvo le eccezioni che seguirebbero; al contrario, presenta queste nuove regole, senza osservazione di sorta, come indipendenti dalle prime e formanti per sè sole un sistema compiuto.

Se il legislatore avesse inteso applicare ai testamenti privilegiati quelle tra le disposizioni precedenti, a cui non derogasse la nostra sezione; se fosse stata sua mente che la sez. II si completasse con la sez. I, è chiaro che ninno articolo di questa avrebbe dovuto trovarsi identicamente riprodotto nell' altra; se ogni regola scritta nella sez. I fosse stata di pieno diritto applicabile alla sez. II, salvo con-

(1) Questi due articoli sono affatto conformi.
Il Trad.

(2) Conf. Grenier, n. 278; Duranton, IX — 180; Dalloz, cap. sez. 6; Poujol, art. 981 n. 2.

traddizione in questa, è chiaro che mai non si avrebbe da reiterar qui una prescrizione scritta più sopra. Or l'art. 973 — 898, il qual vuole che il testatore firmi e che, se dichiari di non sapere o di non potere, sia fatta menzione della sua dichiarazione e della causa dell'impedimento, è riprodotto *ad verbum* nel comma 2. del nostro articolo. E non è egli patente per ciò solo che il legislatore intendeva che la nostra sezione non avea nulla da prendere nella precedente e che essa sola dovea consultarsi pei casi in cui versa?

3.° Secondo il Coin — Delisle l'art. 969 — 894, il quale stabilisce tre forme di testamento (olografo, mistico e pubblico) governerebbe non meno i testamenti eccezionali che i testamenti ordinari. « E primamente, dice il nostro dotto collega, niuna difficoltà èvvi pel testamento olografo; la cui estrema semplicità permette a chicchessia di testare in questa forma, in ogni tempo, in ogni luogo.» Ma sarebbe per avventura prendere un grosso abbaglio l'accettare un simile argomento! Senza dubbio, il testamento olografo è permesso in mare e all'esercito come per ogni dove; ma lo è come testamento ordinario, non già come testamento militare o marittimo; lo è secondo il dritto comune, sotto le prescrizioni del dritto comune, non mica come testamento eccezionale privilegiato; la persona che, in mare o all'esercito o in un paese le cui comunicazioni sono interrotte per effetto d'un contagio, fa un testamento olografo, non gode di verun privilegio: a dir breve, non ci à testamento olografo privilegiato, ci à soltanto il testamento olografo ordinario. Dunque la regola che stabilisce il testamento olografo non governa punto ambedue le materie, de' testamenti ordinari e de' testamenti privilegiati. — E in quanto al testamento mistico, non sarebbe forse arbitrario il pretenderle permesso nelle circostanze eccezionali della nostra sezione, allorchè non ne fa pur motto il Codice? La legge, a dritto o a torto, riguarda la ricezione del testamento mistico come cosa più grave della ricezione del testamento pubblico; e lo prova il contentarsi di lei, per questo, di quattro testimoni, o anche di due, se ci à due notai (art. 971-896), ovechè per quello esige *sei testimoni almeno* (art. 976-902). Ma, s'egli è così, non si può dunque conchiudere dal dritto di ricevere il testamento pubblico il dritto di ricevere il testamento mistico. E poi, se il legislatore avesse inteso permettere il testamento mistico ne'casi contemplati dalla nostra sezione, non avrebbe mancato di mitigare per queste difficili congiunture le condizioni cotanto rigorose degli art. 976 e 977-902 e 903. Così a mo' d'esempio, in cambio di sei testimoni, cui è sovente sì difficile, per non dire impossibile, di procurarsi, si sarebbe appagato della metà, come fa pel testamento pubblico: onde il suo silenzio prova, sotto quest'altro punto di veduta che, se la legge non vuol testamento olografo eccezionale, non vuol tampoco testamento mistico eccezionale. Vero è che di tutto questo non si mostra punto imbarazzato il Coin — Delisle, il quale enuncia come proposizione che non à pur mestieri di prova, che « in quanto al testamento mistico ricevuto all'esercito o in mare o in tempo di pestilenza, *è evidente potersene bandire tutte le formalità* prescritte dagli art. 976 e 977. » (num. 13). Manco male; la è una dottrina semplice quanto comoda; se non che vi è assai poco dissimulato l'albitrio!

4.° Da ultimo è vero che le rubriche delle nostre due sezioni non son mica perfettamente esatte; che la divisione della nostra materia non è in tutto logica; che i due primi articoli della prima sezione (967 e 968) s'applicano altresì alla seconda, come l'ultimo art. della seconda (1001) s'applica del pari alla prima: ciò è irrefragabile, e da ciò potrebbero per avventura originarsi de' dubbi. Ma sembra a noi che questi dubbi abbia a dissipare un serio esame e far rilevare una serie razionale d'idee in questo complesso, in cui a prima vista tutto par gittato alla rinfusa. Di fermo, guardandovi più addentro, vedremo che qui è più logica la sostanza che la forma e che esiste pur nel pensiero il metodo che manca nell'espressione.

Le due rubriche, parlando di *regole generali* e di *regole particolari*, non dicono per lo appunto ciò che si è voluto dire: la distinzione di generalità e di particolarità non riflette tanto l'idea di *regole* quanto l'idea di *testamenti*; ei si tratta delle regole dei *testamenti generali* od *ordinari* e delle regole dei *testamenti particolari* o *eccezionali*. Testamenti ordinari e di dritto comune, testamenti eccezionali e privilegiati, ecco il duplice obbietto delle nostre sezioni. Ora, egli è vero che la prima sezione, benchè non tolga ad obbietto che i testamenti ordinari, comincia dal porre due regole che s'applicano del pari ai testamenti eccezionali, e che la seconda, la quale dovrebb' esser consacrata per intero a questi testamenti eccezionali, comprende una disposizione finale che si riferisce in egual modo ai testamenti ordinari; ma questa irregolarità si comprende, e va spiegata innanzi tratto per la poca estensione comparativa delle disposizioni che trovansi male allogate in ciascuna sezione, indi e soprattutto pel posto che vi tengono. E dapprima, queste disposizioni non formano che tre articoli su trentacinque nella prima sezione, ed uno su ventuno nella seconda; sicchè si concepisce che i compilatori abbiano scritte le rubriche senza

tenerne alcun conto. Si concepisce massimamente, quando si fa ragione che due di questi articoli trovansi *in testa* alla sezione *prima* e il terzo *alla fine* dell'*ultima*; di guisa che il complesso forma davvero un discorso compinto, che si vede cominciato con idee generali, (art. 967, 968-892, 893), poscia diviso in due grandi parti, che ne fanno il corpo (art. 969 a 980-894 a 906, art. 981 a 1000-907 a 926), indi terminato con una nuova idea generale che sanziona tutta la materia (art. 1001-927).

Per l'opposto, diverrebbe inesplicabile nel sistema del Coin-Delisle l'andamento della nostra prima sezione. Mercecchè la legge seguirebbe delle regole comuni a tutti i testamenti negli art. 967, 968, 969, 970-892, 893, 891, 895; dipoi si occuperebbe dei testamenti ordinari negli art. 971 e 972-896 e 897; ritornerebbe alle regole comuni nell'art. 973-899, ritornerebbe alle regole speciali nell'art. 974-900, si rifarebbe di nuovo alle regole comuni nell'art. 975-901 e poi ancora alle regole speciali; negli art. 976 a 979-902 a 905, per ricadere in fine su una regola comune nell' art. 980-906!... Questo perenne andirivieni, questo miscuglio degli articoli generali cogli articoli speciali è evidentemente inammessibile!

80. Ei ne par dunque certo che niuna delle regole sancite dagli art. 969 e 980-894 e 906 può invocarsi in quanto ai testamenti eccezionali, e che nulla per essi può esigersi, nulla permettersi da quello in fuori che sta scritto nella nostra sezione. — Per la qual cosa il testamento mistico al pari del testamento olografo non potrà mai farsi che secondo le regole ordinarie; mai non vi sarà altro testamento eccezionale che il testamento pubblico (art. 969, 970 e 976 a 979-895, 995 e 902 a 905). Questo testamento pubblico non avrà duopo d'esser *dettato* dal testatore e potrà stendersi su un progetto scritto che esso testatore consegnasse, o eziandio su i semplici segni ond'egli palesasse la sua volontà, o pure sulle risposte che facesse alle interrogazioni dell'estensore; non avrà mestieri d'essere scritto di mano di colui che à missione di riceverlo e potrà esserlo da un terzo sotto la costui sorveglianza; non sarà necessario darne lettura al testatore ed ai testimoni (art. 971, 972-896, 897); in fine vi si potranno prendere per testimoni degli stranieri, delle donne e per fino delle persone a favor di cui fossero fatte delle disposizioni (art. 975 e 980-901 e 906). — Ma, per quanto incontrastabile ci paia questa dottrina, si comprende che, nella pratica, sarà sempre prudente cosa, ad evitar difficoltà, adempiere tutte le formalità che diciamo non esser punto richieste dalla legge.

III.—81. Ad ogni modo, a noi sembra evidente che il dritto conferito dalla nostra sezione agli uffiziali militari, giudici di pace e uffiziali municipali appartiene eziandio e vie maggiormente ai notai, dai quali si faccia capo nelle medesime congiunture. Così, supponiamo siavi una residenza di notai in una città francese ove si trovi una guarnigione assediata, o in un paese, di cui per effetto d'un contagio sieno interrotte le comunicazioni, è chiaro che il notaio residente potrà ricevere i testamenti secondo le regole della nostra sezione, e senza esser tenuto a seguir quelle della sezione precedente; potrà istrumentare con due testimoni invece di quattro, fare scrivere da un commesso anzichè scrivere egli medesimo, contentarsi di segni o di risposte fatte alle sue interrogazioni in cambio d'essere obbligato a scrivere sotto la dettatura del testatore ec. Se, di fatti, particolari circostanze àn dovuto far permettere a un sindaco, a un capo di battaglione ec. di ricevere con facili formalità un atto, cui fuori di quelle non potrebbero ricevere in niun modo, come mai non potrebbe ricever quest'atto, nello stesso caso, con le stesse formalità, il notaio, che à missione generale di riceverlo in ogni incontro?.. Ei non si avrebbe ad argomentare dal silenzio della nostra sezione in quanto al notaio; chè appunto perchè la competenza del notaio risultava dai princìpi generali, non si è punto avuto bisogno di dichiararlo. La nostra sezione, per facilitare i testamenti nelle circostanze malagevoli che prevede, arreca due modificazioni alle regole ordinarie: 1. diminuisce la severità delle forme, e 2. attribuisce la competenza a persone che non l'ànno altrove. Or, se un testatore può allora giovarsi a un tempo di questi due benefizi, è chiaro che può ancora e con maggior ragione giovarsi di un solo.

82. Per altro, se il notaio non è più tenuto allora a seguir le regole della sez. I, è all'opposto tuttavia tenuto a seguir quelle fra le regole della legge di ventoso che ai testamenti sono applicabili. Tosto che un atto è ricevuto da un notaio, in qualsivogliano circostanze, è evidente che si trova sottomesso alle regole generali degli atti notarili.

999. [925] Un Francese che si troverà in paese straniero potrà far le sue disposizioni testamentarie con atto privato, com'è prescritto dall'art. 970, o con atto autentico nelle forme usitate nel luogo ove l'atto si faccia (1).

SOMMARIO.

I. La facoltà di testare olografamente è oggidì senza connessione con la massima: *locus regit actum*: dissenso dal Coin-Delisle.

(1) Questi due articoli sono affatto conformi.
Il Trad.

II. Questa facoltà costituisce una regola di capacità personale: dissenso dal Durnolou.
III. Oltre al testamento olografo, il Francese può all' estero testare nelle forme autorizzate nel paese, sieno autentiche o no. — Ma non potrebbe fare un testamento congiuntivo: dissenso dal Coin-Delisle.
IV. Il Francese può eziandio all' estero fare stendere il suo testamento nella forma francese dal cancelliere del consolato: dissenso dal Duranton, dal Vazeille, dal Duvergier, ec.

I. — 83. Abbiam veduto sotto l' art. 3 (n. VII) che le leggi le quali reggono la forma degli atti, benchè sieno, a norma delle circostanze, reali o personali, secondo che l' atto pel quale si applicano è relativo alla proprietà dei beni o allo stato delle persone, formano nondimeno una classe a parte, sottomessa a una regola speciale, regola,giusta la quale dee regger la forma dell' atto unicamente la legge del paese ove l' atto si fa: *locus regit actum*.

In virtù di questo principio non potrebbe un Francese validamente testare nella forma olografa, fuorchè sul territorio francese ovvero in un paese la cui legge ammettesse egualmente questa forma di testare. E ciò ebbe luogo sino alla pubblicazione del Codice. Bouhier (*Borgogna*, cap. 28), Boullenois (*Stat. reali e pers.*, tit. II, part. 2, cap. 3) e lo stesso Ricard (*Dono mutuo*, n. 307), dopo aver insegnato il contrario, pretendeano bensì che la regola *locus regit actum* dovesse applicarsi ai soli atti pubblici e non fosse di veruno effetto per l' atto privato; ma questa distinzione era evidentemente arbitraria, allorchè niun testo legale la stabiliva. Laonde era generalmente ammesso, e dai migliori autori e da una giurisprudenza costante, che la validità o la nullità del testamento olografo dipendeva unicamente dal punto di sapere se era permesso o vietato, non già nel paese al quale apparteneva il testatore, ma sì nel paese ove l'atto era stato scritto(1).

Ma questo antico principio fu rovesciato dal Codice, e il nostro articolo, consacrando l' idea degli autori su citati, restringe al testamento pubblico l' effetto della regola *locus regit actum*. Quello riman sempre sottomesso alle leggi del paese in cui vien fatto; ma il testamento olografo è permesso al Francese ove ch' ei si vada. Questa è oggimai una quistione di capacità personale: il *dritto* di testare olografamente è attribuito a qualunque *persona* francese e questo dritto personale, conformemente all' art. 3, seguirà le persone eziandio in paese straniero.

Per verità non comprendiamo come il Coin-Delisle (n. 3 a 6) abbia potuto negare un tal risultamento, e se il Duranton (IX-14), cui egli combatte vittoriosamente, à avuto torto di pretendere che questo risultamento esisteva già da prima del Codice e di disapprovare l'ultimo degli arresti citati nella nota (e il quale era lungi d' essere una decisione isolata, come altri potrebbe credere in leggendo il dotto professore), à torto a sua volta il Coin-Delisle di presentare que' medesimi arresti come quelli che debbano ancora fare autorità. Noi non istiam più sotto l' ordinanza del 1735; stiamo sotto il Codice civile: e, poichè il nostro articolo, dicendo da una banda che si potrà sempre testare secondo le forme usitate nel paese ove altri si troverà, dichiara che il dritto di testare olografamente si affiggerà alle persone francesi per seguirle *ovunque*, si rende aperto che non si può più parlare, pel testamento olografo, della regola *locus regit actum*, e che non si dee più considerare *la legge del luogo* ove si è testato olografamente, sibbene la *qualità della persona* che à così testato (2).

II.—84. Poichè la disposizione che permette i testamenti olografi è oggidì una regola di capacità personale, ne segue che lo straniero appartenente a un paese la cui legge non autorizzi cotesta forma di testamento, non potrebbe adoperarla validamente, comechè in Francia risiedesse e di beni francesi si trattasse; mercecchè alle sole persone francesi applicansi le leggi che regolano la capacità. Questo straniero non può qui invocare la legge del suo paese, dacchè essa legge nella nostra ipotesi non permette il testamento olografo; e non può tampoco invocare la regola *locus regit actum*, stantechè trattasi di un caso in cui non più dal luogo dipende la forma dell' atto.

Non ammette questa decisione il Duranton (IX — 15), attesochè, pur dicendo come noi che la forma olografa è completamente sottratta alla regola *locus regit actum*, vede nella facoltà di testare olografamente, non già una regola di capacità personale, ma sì una regola di trasmissione di beni, uno statuto reale e pertanto applicabile a tutti i beni di Francia (art. 3). Di fermo noi non adottiamo questa idea. Le leggi che determinano se e in quai limiti altri possa disporre de'suoi beni son certamente statuti reali; e tal è la legge del 14 luglio 1819, che ammette gli stranieri a succedere, disporre e ricevere in Francia al pari di essi Francesi. Ma la legge che dispensa le persone dal ricorrere agli uffiziali pubblici per istendere l'atto solenne di disposizione, e che fa loro stesse ministre d' un tal atto sembra a noi come al Grenier, al Delvincourt e al Demante, organare una prerogativa inerente alla persona, una capacità personale.

(1) Fourgole *Test.* cap. 2, sez. 3; Pothier; *ivi*, cap. 1, art 2 § 1; Merlin, *rep.* v. *Test.* sez. 2, § 1; ord. 1735; arr. part. Parigi 10 mar. 1620, 15 gen. 1721, 11 luglio 1724, 15 lug. 1777; atto notorio dello Châtelet 13 settembre 1702; cass. 15 piov. anno II, 28 prat. anno XIII; 20 agosto 1806.

(2) Delvincourt. Maleville, Grenier, n. 280; Duranton *ivi*; Demante, II-368; Vazeille, n. 1.

Indarno insiste il Duranton sul permettere che fa la legge del 1819 agli stranieri di disporre *alla medesima* guisa che i Francesi. Ei si tratta quivi dell'estensione del dritto di disposizione, e non mica delle prerogative con le quali può esercitarsi. Ciò che lo prova si è che le parole *nella medesima guisa* non si riferiscon soltanto a *disporre*, ma eziandio a *ricevere* e a *succedere*; pur non è egli patente che « succedere nella stessa guisa » significa semplicemente « succedere nei medesimi dritti, con dritti egualmente estesi e secondo le stesse regole sostanziali?... » In diffinitiva, se il dritto di testare olografamente non fosse considerato dal Codice come una facoltà tutta personale, come un privilegio inerente alla persona, come mai seguirebbe il Francese da per ogni dove? Questo cangiamento agli antichi principî è appunto quello che costituisce e dimostra la personalità dei dritto.

85. Da questo stesso principio segue che il testamento olografo d'un Francese sarà al contrario sempre valido, in qualunque paese sia stato fatto e in qualunque luogo sien posti i beni. Onde, comechè questo testamento olografo sia fatto e i beni sien posti in un paese la cui legge non consacra punto cotal forma, il testamento non lascerà d'essere efficace, purchè soltanto la legge straniera riconosca al Francese il dritto generale di testare. In effetti, il dritto di disporre dei proprî beni, di trasmetterli per testamento, essendo uno statuto reale, vuolsi consultar la legge del paese ove si trovano i beni per sapere se il Francese poteva farlo e dentro quai limiti, per guisa che vi sarebbe nullità, totale o parziale, del testamento, qualora la legge estera dichiarasse i beni in tutto o in parte indisponibili pel Francese. Ma, tosto che il dritto di testare è riconosciuto dalla legge estera, e nei limiti entro i quali è riconosciuto, lo statuto reale è salvo; e, siccome il punto di sapere se il Francese, il quale potea testare, lo poteva olografamente, non è più che una quistione di statuto personale e va quindi decisa a tenore della legge francese, egli è chiaro doversi decidere affermativamente, mercecchè la legge francese permette ai suoi sudditi di testare olografamente ove che sia.

Nel sistema del Duranton, all'incontro, il dritto di testare olografamente (essendo uno statuto reale al pari del dritto di testare in generale e dovendo quindi estimarsi secondo la legge del paese ove sono beni, è chiaro che, per beni posti in un paese che non ammette altrimenti cotal forma, il testamento olografo sarebbe sempre nullo), ancorchè il Francese l'avesse fatto in Francia.

86. Del resto, quando noi diciamo (rigettando il principio del Duranton per seguir quello di Grenier, Delvincourt e Demante) che il testamento olografo del Francese, in qualunque paese sia fatto, è valido eziandio pe' beni posti in un paese la cui legge non ammette questa forma, bisogna comprendere che non parliamo se non del punto di vista della legge francese, la sola che qui abbiamo da interpretare. Ma benissimo potrebbe darsi che, dal punto di vista della legge estera, la cosa stesse altrimenti, e che vi fosse tra le due legislazioni contraddizione e conflitto. Se, esempligrazia, la legge estera, non paga di non contare la forma olografa tra i suoi modi di testare, giungesse fino a dire (vuoi in termini espressi, vuoi in forza del suo spirito) che non riconoscerà mai nelle regole relative alla forma de' testamenti il carattere delle leggi personali; e queste regole, a qualunque paese si appartengano, saran sempre per essa degli statuti reali; che pertanto non validerà, circa ai beni che trovansi sotto il suo impero, se non i testamenti fatti in una delle forme che essa autorizza, o in una delle forme del paese ove il testatore à disposto (giusta la regola *locus regit actum*); allora il testamento olografo fatto dal Francese in questo paese, pe' beni di questo paese, sarebbe nullo agli occhi della legge del paese, nel tempo stesso che valido agli occhi della legge francese, e questo conflitto delle due legislazioni, il quale, in caso di reciproca persistenza, si terminerebbe naturalmente nel senso dell'autorità, sotto la cui mano trovansi i beni, questo conflitto, diciamo, non potrebbe evitarsi che mercè un trattato fra le due potenze.

III. — 87. Derogando il nostro articolo alla regola *locus regit actum* pel testamento olografo, riconosce pur tuttavia l'effetto di essa regola, la sua disposizione finale dichiara valido in Francia ogni testamento fatto da un Francese in paese straniero nelle forme in questo paese usitate. Cotalchè ogni Francese può in paese straniero o testare olografamente (se sa scrivere), o farlo in una delle forme quali che sieno autorizzate dalla legge locale.

Diciamo: quali che sieno queste forme; e sì non s'avrebbe a credere che il nostro articolo avesse a disegno adoperata l'espressione *testamento autentico*, e che l'autenticità dell'atto fosse indispensabile. Purchè si aleno seguite le forme del paese, autentiche o no, il testamento è valido. La seconda parte del nostro articolo à soltanto voluto dire che il testamento potrebbe farsi secondo la regola *locus regit actum*. Si sa, infatti, che nel progetto del titolo preliminare v'avea un articolo, il quale dichiarava « la forma degli atti esser regolata dalle leggi del paese, nel quale si fanno » e che questo articolo fu tolto via come esprimente una massima ch'era inutile scrivere

del Codice, non essendo stata mai oppugnata (Fenet, t. VI, p. 66). Ma, s'egli è così, non accade dunque considerare se le forme che adoperate si sono sieno o no autentiche; basta sieno autorizzate nel paese, ove si stava. Cosa diverrebbe senza di ciò il Francese che non sa scrivere e che si trova in un paese, la cui legge non conosce testamento autentico? Sarebbe nell' impossibilità di testare! Se il legislatore à qui favellato di testamento autentico, gli è semplicemente in opposizione al testamento olografo; egli à voluto dire: « il Francese, all'estero, potrà sempre testare olografamente, e potrà farvi un testamento non olografo nelle forme del paese. » Ha usato la parola *autentico*, perchè si è naturalmente presentata al suo pensiero; attesochè fra noi qualunque testamento non olografo è autentico (1).

88. Ma l'applicazione della regola *locus regit actum* à ella per conseguenza di permettere a questi Francesi, ad onta dell'art. 968-893, di fare un testamento congiuntivo, quando sono in un paese ove simile testamento è autorizzato? Il Coin-Delisle (n° 5) risponde affermativamente. E infatti questa disposizione dell' art. 968 non essendo dal Codice presentata che come regola di forma, e derogando alle regole della precedente quelle della nostra sezione, sembra che così s'abbia a decidere.

Pure noi non adottiam punto questa idea, tuttochè speciosa. E innanzi tratto, il grave inconveniente che à fatto proscrivere il testamento congiuntivo esisterebbe nè più nè meno per l'atto fatto all'estero che per quello fatto in Francia, e non si può sopporre che il legislatore abbia inteso permettere a' Francesi di violar la sua disposizione mercè un semplice viaggio in straniero paese... Egli è dunque primamente conforme all' intimo concetto della legge di dichiarar nullo il testamento congiuntivo, in qualunque paese sia fatto. E poi, s'oppone forse a tal nullità la teorica delle nostre due sezioni? Noi crediamo di no: i due art. 967 e 968-892 e 893 non son di quelli, a cui fanno eccezione le regole della nostra seconda sezione; questi articoli, come di sopra s'è veduto, forman quasi una prefazione che s' applica alla sezione II nonchè alla I; e conservano il loro valore pe' quattro casi di testamenti privilegiati come pei tre modi di testamenti ordinari. Indarno s'invoca qui la massima *locus regit actum*; gli è, a creder nostro, darle un'esecuzione che non à, che non può avere e che le ricusa la natura stessa delle cose. Quando, per l'utilità generale, i diversi legislatori ammettono di comune accordo che si potrà sempre seguire la legge locale per *le forme* degli atti, danno eglino a questa parola un senso tanto ampio quanto qui si suppone? Per le forme propriamente dette, quando trattasi di sapere se bisogni ricorrere a un funzionario, qual sia questo funzionario, come debba procedere, se faccia duopo di testimoni, e di quanti ecc. ecc., è ben chiaro che non si trasporteranno le regole da un paese in un altro, non si farà stendere in Russia un atto secondo il sistema francese o spagnuolo, e che in ogni paese conveniva permettervi di seguir la legge locale; ma, quando si tratta di una forma impropriamente detta e che è piuttosto un divieto personale fatto al Francese, potrà questi violarlo impunemente perchè nel paese ov'egli si trova esista la facoltà contraria? Perchè la legge russa permetta a più persone di testare congiuntamente, àvvi perciò minor facilità in Russia che in Francia di testar da solo?... Qualunque regola, sia permissiva, sia proibitiva, sul testamento congiuntivo, pur quando è presentata come regola di forma, è necessariamente un divieto o una permissione che cade direttamente sulla persona, e che quindi non dee punto rientrar sotto l' applicazione della massima *locus regit actum*.

IV.— 89. Oltre al testamento olografo che i Francesi far possono dappertutto e a quello che possono ancora far nelle forme autorizzate dalla legge del paese ove si trovano, non possono eziandio i Francesi, in paese straniero, fare stendere il loro testamento secondo le forme francesi, alla cancelleria del consolato? Si sa che a ciascun console è aggiunto un uffiziale, il quale sotto nome di *chancelier* adempie presso quel magistrato le funzioni di cancelliere (*greffier*), di segretario, talvolta di usciere, ed altresì quelle di notaio pe'Francesi che a lui si indirizzano; or quest'uffiziale, sol perchè è notaio francese nel paese straniero, non può egli ricevere i testamenti dei Francesi conformandosi alle prescrizioni imposte a tutti i notai?.. Grenier (n° 280), Duranton (IX—169), Poujol (n° 4), Vazeille (art. 994, n° 2) e Duvergier (V—485 *bis*) rispondono negativamente, ma noi non possiamo ammettere la loro opinione.

Si dice innanzi tratto che l'ordinanza della marina del 1681, la quale riconosceva formalmente nei cancellieri del consolato il dritto di ricevere testamenti, è stata abrogata dal Codice, come le altre leggi relative ai testamenti, come tutte le leggi sulle materie di cui il Codice si occupa.—Ciò è incontrastabile (benchè abbia giudicato il contrario un arresto di Pa-

(1) Rig. 30 nov. 1831, Rouen, 21 lug. 1840; Rig. 6 febb. 1843 (Dev. 32, 1, 52, 40, 2, 513, 40, 1, 209). — Questi testamenti, del resto, al pari del testamento olografo, non potrebbero punto contenere un riconoscimento di figlio naturale (art. 344, 1317).

rigi del 27 agosto 1825): essendosi il Codice occupato del testamento marittimo (art. 988 a 999-914 a 924), è chiaro che l'ordinanza del 1681 relativa a questo medesimo obbietto cade sotto l'applicazione dell'art. 7 della legge del 21 marzo 1804, il quale dichiara che le ordinanze, le consuetudini, i regolamenti ec.ec. àn cessato d'aver forza di legge *nelle materie che sono obbietto delle leggi componenti il Codice*. L'ordinanza del 1681 è dunque abrogata; ma non ne segue altrimenti che i caucellieri (*chanceliers*) non abbian più il dritto di ricevere testamenti. Costoro in fatti ripetono i loro poteri da altre leggi, segnatamente dall'ordinanza del 3 marzo 1781; e siccome queste leggi organizzano delle regole *di dritto pubblico* epperò son relative a materie di cui non s' occupa il Codice e non cadono più sotto l'abrogazione della legge del 21 marzo, ben ne segue che questi cancellieri, essendo tuttavia rivestiti delle loro funzioni di notai, possano tuttavia ricevere i testamenti, purchè seguano, non già le regole che potesse contenere l'ordinanza della marina, ma quelle del Codice e quelle della legge organica del notariato.

Indi si trae dall' art. 48 un argomento che non è punto più concludente. Poichè, dicesi, questo articolo à preso cura di dire che i Francesi potrebbero fare atendere ai consolati i loro atti di stato civile, avrebbe detto parimenti che vi potrebbero fare stendere i loro testamenti, se tal fosse stato il concetto del legislatore. — Agevole è la risposta. Il dritto di ricevere gli atti di stato civile apparteneva, nell' antico dritto, non già ai notai o ad altri uffiziali civili, sibbene al clero; onde gli agenti diplomatici francesi all' estero non eran mai stati rivestiti d' un tal dritto; se l' aveano esercitato dal 1792 in poi, era per una regola di semplice analogia e pertanto facea duopo proclamare formalmente questo dritto che fino allora non istava scritto in niuna parte. — Non era più così pe' testamenti, cui avean sempre ricevuti i cancellieri di consolato. In quanto a un ultimo argomento che vorrebbe desumersi dall' art. 994-920, esso poggia su una falsa interpretazione che noi abbiam combattuta in ispiegando quello articolo.

Ei ci sembra dunque che i cancellieri di consolato possan sempre ricevere i testamenti dei Francesi (1).

1000. [926] I testamenti fatti in estero paese non potranno eseguirsi su' beni posti in Francia, se non dopo essere stati registrati all'uffizio del domicilio del testatore, s'egli ne à conservato uno; altrimenti all' uffizio dell' ultimo suo domicilio conosciuto in Francia, e nel caso in cui il testamento contenesse disposizioni d'immobili che quivi fossero posti, dovrà inoltre esser registrato all'uffizio della situazione di essi immobili senza che si possa esigere un doppio dritto (2).

90. Egli è ben chiaro che questa non è altrimenti una delle formalità *intrinseche* del testamento, una delle formalità necessarie alla validità sua; postochè questa prescrizione è richiesta pel testamento già terminato. La è una condizione estrinseca, in verità necessaria per ottenere l' esecuzione; ma che si è sempre in grado di attuare, stantechè non le è prefisso termine fatale.

1001. [927] Le formalità, cui i diversi testamenti sono assoggettati per le disposizioni della presente sezione e della precedente, debbono osservarsi a pena di nullità (3).

91. Si sa che questo articolo intende parlare non di tutte le formalità relative ai testamenti, ma solo di quelle che son veramente delle forme costitutive del testamento; in guisa che la nullità che qui trovasi pronunziata non riflette punto sugli articoli 990 a 993 e 1000-916 a 919 e 926. Quest' idea, del resto, è stata svolta nel corso di questa sez. II.

Vedremo sotto gli art. 1339 e 1340 se l'approvazione o l' esecuzione volontaria d'un testamento da parte dell' erede *ab intestato* formerebbe per lui un'eccezione contro le nullità di forma del testamento.

(1) Merlin, rep. v. *Testam.* sez. 2, art. 3 e 8; Delvincourt; Delaporte, art. 994; Dalloz cap. 6 sez. 6 n. 4; Coin-Delisle, n. 8 a 15.

(2) Questi due articoli sono affatto conformi.

Il Trad.

(3) Le formalità prescritte pe' testamenti debbono osservarsi sotto pena di nullità: in ciò convengono le due legislazioni. Ma nell' art. 927 le nostre Leggi Civili arrecano al principio due eccezioni 1.° « se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notaio cui fu dettato, tal mancanza non nocerà alla sua validità, quando consti legittimamente che sia stato in realità scritto dal notaio medesimo; 2.° se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza, secondo lo stesso regolamento, non è annessa pena di nullità. » La quale seconda eccezione si riferisce al disposto nell' art. 898. In quanto al regolamento notariale, cui rimandano gli art. 898 e 927, vegganai la legge del 23 novembre 1819 e il decreto 12 settembre 1828.

Il Trad.

SEZIONE III

Delle istituzioni d'erede e dei legati in generale.

1002. [928] Le disposizioni testamentarie sono o universali, o a titolo universale, o a titolo particolare (1).

Ciascuna di queste disposizioni, o che sia stata fatta sotto la denominazione di istituzione d'erede, o che sotto quella di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole stabilite qui appresso pe' legati universali, pe' legati a titolo universale e pe' legati particolari.

92. Egli è risaputo che una profonda differenza intercede tra *l'erede* propriamente detto e il semplice *legatario*; — che l'erede è successore alla persona del defunto, ovechè il legatario succede solo ai beni di lui; — che la legge romana, un tempo seguita nelle nostre province di dritto scritto, riconosceva degli eredi *ab intestato* e altresì degli eredi testamentari, laddove il nostro dritto francese, la regola delle nostre consuetudini, mai non ammise altro che eredi *ab intestato* e non permetteva di fare per testamento che dei legatari; — infine che il Codice, pur lasciando piena latitudine in quanto all' uso de'termini, à seguito per la sostanza la regola del nostro dritto nazionale, proscrivendo al pari di questo gli eredi testamentari.

Assene la pruova nel nostro articolo, il quale dichiara che le disposizioni testamentarie, o fatte sotto il nome d' istituzioni d' erede o altrimenti, mai non saranno se non che dei legati. Notiamo anzi esser questo l' unico obbietto dell'articolo e per conseguenza della sezione che di esso solo si compone.

Nè fortuitamente trovansi le cose così disposte, chè di fermo questa sezione speciale non esisteva sulle prime, e fu il tribunato che la fece aggiungere con lo scopo che testè abbiamo indicato. « Bene sta, disse il tribunato, che si lasci sussistere la denominazione di *istituzion d'erede* cotanto usitata... Ma nel tempo stesso gioverà annunziare ben precisamente che oggimai non vi sarà *veruna differenza* tra la denominazione di erede e quella di legatario, o che tutti gli effetti particolarmente annessi dalle leggi romane al titolo di crede *sono interamente distrutti*. Ciò posto, si propone di fare una nuova sezione composta di un solo articolo che conterrà questa idea principale. » (Fenet, XII, 459).

93. Il perchè è incontrastabile che per testamento non si fan più eredi, successori alla persona, ma semplici legatari, semplici successori ai beni, e che conseguentemente il successore testamentario non può mai in tal qualità esser tenuto a pagare i debiti del defunto *ultra vires bonorum*. Laonde è inesatto dire, come fa il Coin-Delisle (art. 1003, n° 1) che « quando non v' è erede riservatario, il legato universale è in oggi una vera istituzione d'erede, che può definirsi : la donazione per testamento di tutti i dritti attivi e passivi del defunto. »

I legati, come si vede dal nostro articolo, sono 1° universali, 2° a titolo universale, 3° particolari o a titolo particolare. Il Codice consacra a ciascuna di queste tre classi una sezione speciale (2).

SEZIONE IV.

Del legato universale.

1003. [929] Il legato universale è la disposizione testamentaria, con cui il testatore dona ad una o più persone l'universalità de' beni che lascerà alla sua morte (3).

SOMMARIO.

I. Il legato universale è quello che dà dritto, almeno eventualmente, all'universalità de' beni. — Esempi.
II. Che s'intende per universalità. — Rinvio pe' legati d'usufrutto.

I. — 94. Il legato *universale*, a differenza del legato *a titolo universale*, è facile a definirsi in poche parole : è l'attribuzione fatta per testamento del dritto, almeno eventuale, all'universalità dei beni del testatore.

Così, quando io dichiaro di legare o donare o attribuire (poco monta l' espressione) a Pietro tutto il bene che lascerò morendo, è chiaro che àvvi legato *universale*. — Se dichiaro di donargli tutti i beni *che si troveranno disponibili* alla mia morte, è questo ancora un legato universale; giacchè può stare che tutti i miei beni senza eccezione si trovino disponibili, e quindi ci à chiamata a tutti. Lo stesso è evidentemente, se io ò donato *il mio disponibile*; giacchè il *disponibile* può abbracciare il patrimonio tutto quanto. — Se io lego la mia successione a *Pietro* e a *Paolo*, fo due legati universali; perocchè ciascuno dei due legatari si trova avere un dritto eventuale all' intera successione: se Pietro muore prima di me, o se rifiuta il legato, o se per una causa qualunque trovasi incapace, prenderà ogni cosa il solo Paolo (art. 1044 — 999). Vero è che

(1) Questi articoli son perfettamente conformi. *Il Trad.*

(2) Si esaminerà sotto l'art. 1017 se i legati debbano pagarsi dall' erede puro e semplice *ultra vires bonorum*.

(3) Questi articoli son perfettamente conformi. *Il Tr.*

se succedono al padre loro e se vengono tutti e due, ciascuno non avrà che la metà; ma non perchè ciascuno sia chiamato alla sola metà; sibbene perchè il dritto di ciascuno alla totalità non potendo eseguirsi in faccia al dritto uguale, e identico dell'altro, è pur forza che facciasi una decisione di fatto che scemi l'obbietto del dritto, *concursu partes fiunt*: accade ad essi ciò che accade a due figli i quali sono eziandio obbligati di far delle parti, comunque ciascuno s'abbia dritto al tutto, posciachè *nemo pro parte haeres* Ma, ripetiamolo, se uno dei legatari venisse solo, trovandosi l'altro per qualsivoglia cagione eliminato, avrebbe quegli l'intero; e per conseguenza il suo legato è universale.

Parimenti e per la stessa ragione, il legatario che à dritto all'intera fortuna, ma il cui dritto trovasi ristretto nella sua applicazione per la presenza e il concorso d'un erede riservatario, non lascia d'essere un legatario universale, poichè chiamato all'universalità — Se tutta la mia fortuna è in tre case ed io lego tutto il mio bene a Pietro, poi la tal casa a Paolo e la tal altra a Giacomo, è ben vero che, se i legatari vengono tutti e tre, Pietro non avrà che una casa, come ciascuno degli altri due, ma ciò non toglie che abbia dritto all'intero: la mia fortuna; tutta quanta essendogli legata, tutta quanta l'avrebbe se per una causa qualechessia Paolo e Giacomo non venissero; dunque egli à eventualmente dritto al tutto; e il suo legato è quindi universale. Così sarebbe, e il legato di Pietro sarebbe eziandio universale, ancorchè io avessi disposto della terza casa a favore d'un quarto legatarlo: vero è che allora Pietro sarebbe esposto a non aver proprio nulla e che raccoglierebbe soltanto in mancanza di qualcuno degli altri lagatari; ma, siccome questa mancanza è possibile, e possibile pe'tre legatari particolari, e quindi Pietro può giungere all'universalità, siccome egli à dritto a quest'universalità, è dunque universale il suo legato, sicchè non bisogna punto ricercare qual sarà in fatto l'importanza del beneficio, nè tampoco se benefizio vi sarà; bisogna vedere, in dritto, se àvvi chiamata all'universalità, se àvvi possibilità legale d'ottenere questa universalità: tosto che ci à dritto all'universalità, quali che sieno le circostanze che ostar potessero all'esercizio di questo dritto, il legato è universale.

95. Secondo questo principio, è forza comprendere ch'ei vi à semplicemente una quistione d'intenzione, valutabile a tenor de'fatti, nel punto di sapere se vi sia o no legato universale quando il testatore à dichiarato di legare *la quota disponibile*, ovvero *il dippiù* o *il rimanente* dei beni che ad altri à legati.

Se il testatore, dicendo: « Lego a Pietro *la porzione disponibile* dei miei beni; » se, come spesso interviene agli stessi giureconsulti, à preso le parole *la mia porzione disponibile* come sinonime di *il mio disponibile*, è chiaro che, malgrado la presenza del vocabolo *porzione*, che si trova inesattamente adoperato, àvvi legato universale; attesochè il patrimonio tutto quanto può trovarsi disponibile. Ma, se à voluto dir soltanto « la parte dei miei beni *che è disponibile oggi*, » è chiaro allora che non à inteso donare se non una frazione e che il legato non è mica universale. La è dunque una quistione d'intenzione che trattasi di valutare dal complesso delle circostanze e massime dal ragguaglio delle varie disposizioni: se il testatore, per esempio, dopo aver detto: « Lego a Pietro la mia quota disponibile, » avesse aggiunto: « e se mio figlio non raccoglierà la metà riservatagli, la lego a Paolo, » egli è ben evidente che avrebbe inteso non attribuire a Pietro che *la metà* dei suoi beni, che pertanto non vi sarebbe punto legato universale, e che l'altra metà, ancorchè non passasse nè al figlio nè a Paolo, mai non apparterrebbe a Pietro e rimarrebbe nella successione *ab intestato*. — Parimente quando il testatore, legando a Paolo la tal casa, a Giacomo il tal fondo, lega il rimanente de' suoi beni a Pietro, vuolsi vedere quale è stata la sua idea: se la casa e il fondo sono stati attribuiti non a Pietro ma ad altri, purchè non s'intenda che gli abbia egli in niun caso, non è universale il legato; lo è al contrario, se questi due immobili, nella mente del testatore son distratti dalla massa attribuita a Pietro e debbon ritornare a quella nel caso che Paolo e Giacomo non li raccolgano.

Son queste, ci par chiaro, delle quistioni di fatto, delle valutazioni di circostanze e d'intenzione, abbandonate alla saggezza de' magistrati.

96. Ma non sarebbe più possibile, secondo noi, l'alternativa, e il legato non sarebbe mai universale, se il testatore avesse legato, non più la sua *porzione disponibile, ma il suo quarto, il suo terzo, la sua metà disponibile*. Allora in fatti l'oggetto del legato è determinato, è una frazione limitata. Un uso, forse abusivo, ma che lo stesso Codice autorizza, à dato alle parole *porzione disponibile* un senso ampio cui parrebbe dover escludere l'idea di *porzione*, un senso comprensivo dell'intera unità, e che rende l'espressione sinonima dell'altra, *il disponibile*: così sotto questa rubrica di *porzione disponibile* la legge prevede non pure i casi in cui il proprietario può disporre d'una parte più o men grande della sua fortuna, ma quello ancora in cui può disporre *della totalità dei beni* (art. 916 — 832). Ma quest'uso non esiste e non può esistere per le espressioni di

quorto, *terzo*, *tre quarti*, le quali una frazione possono indicare, non mai l'unità.

97. È dunque duopo ritornar sempre a questa regola generale, che vi à legato universale, quando la disposizione, esplicitamente o virtualmente, puramente o eventualmente, dà dritto alla universalità de'beni, e che, da questa circostanza in fuori, cessa d'essere universale il legato.

II. — 98. Alla *universalità* de'beni, alla totalità di dritto e non alla *totalità di fatto*, bisogna esser chiamato perchè siavi legato universale; e per universalità s'intendono i beni in massa. Così, che una persona, la cui intera fortuna consiste in due case, un podere, alquante masserizie e poco danaro, dichiari legare a Pietro le due sue case, il podere, le suppellettili e il danaro: i beni a cui Pietro avrà dritto saran pure in fatto tutti i beni del testatore; ma, siccome gli saranno attribuiti separatamente e considerati ciascuno in particolare, in cambio d'esserlo nel loro insieme, sarà un legato particolare, non già un legato universale: l'oggetto del dritto, in questo caso, non sarà precisamente la totalità, sarà il tal bene, poi il tal altro, poi il tal altro ancora. Tanto è vero che non vi sarà chiamata alla totalità, che, se il testatore avesse, dopo fatto il testamento, acquistata una terza casa, cui lasciasse morendo, Pietro non avrebbe tuttavia che il danaro, la mobilia, il podere e due case; la *terza* non gli apparterrebbe punto: egli à dunque dritto, quando si precisa l'idea, ai tali e tali beni, ma non già a tutti i beni; e quindi non v'è legato universale.

99. I legati cui è obbietto il solo usufrutto non possou mai essere legati universali; dacchè non possono dar dritto a tutti i beni del testatore, sì soltanto al godimento vitalizio di questi beni. Su tale idea ci rifaremo sotto l'articolo 1010.

1004. [930] Quando alla morte del testatore sonovi degli eredi, a'quali è riserbata per legge una quota de' suoi beni, questi eredi vengon di pieno dritto messi in possesso, per la sua morte, di tutt'i beni della successione, e il legatario universale è tenuto a domandar loro il rilascio dei beni compresi nel testamento (1).

100. Quando il testatore, dopo aver fatto un legato universale, lascia morendo degli eredi riservatari i quali accettano la sua successione, questi eredi ànno l'investitura, il possesso legale, non solo della loro riserva, ma di tutta quanta la successione; e ad essi deve indirizzarsi il legatario universale per farsi rilasciare la quota disponibile che gli appartiene.

Diciamo che questa quota disponibile appartiene al legatario; è sua infatti dalla morte del testatore, per la forza del testamento, nè più nè meno che è de' riservatari la riserva per dritto di successione legittima; chè la donazione, tra vivi o testamentaria, è una causa diretta di acquisto della proprietà, non meno che la successione (art. 711-632). L'erede riservatario, se à l'investitura, il possesso di dritto su tutta la successione, non à il dritto di proprietà che sulla sua porzione riservata: e il legatario e questo erede son condomini in comunione per tutti i beni, ciascuno in proporzione della parte alla quale à dritto.

E, poichè il legatario universale è condomino coll'erede del sangue, non potrebbe dunque questi disfarsi di lui pagandogli in danaro il valor della quota disponibile, come ad un semplice creditore: non è già creditore il legatario, è proprietario del terzo, della metà o di ogni altra frazione disponibile; epperò aver debbe questa frazione in natura ottenuta mediante quote e sorteggio, secondo che si fa tra coeredi, tra condomini.

101. Quando diciamo che l'erede riservatario à il possesso giuridico dell'intera successione, ciò non è vero, beninteso, che per l'erede il quale avesse dritto a tutta la successione *ab intestato* e che la prenderebbe per intero, se il testamento non fosse. Non così l'erede riservatario, il quale, anche in mancanza di testamento, sarebbe chiamato a una parte soltanto della successione: se il testatore, per esempio, lascia eredi il padre e un cugino materno; siccome allora non v'è altro riservatario che il padre (per un quarto), siccome questo padre, ancorchè testamento non ci avesse, non sarebbe chiamato che alla metà (art. 753-673), di questa sola metà avrebbe l'investitura; l'altra metà trovandosi tolta non al padre, ma al cugino non riservatario, ne sarà investito il legatario, e dovrà domandarne il rilascio al padre unicamente pel quarto che a lui toglie.

E di fatti sonovi allora due successioni (art. 733, n° 1) l'una delle quali è deferita ad un riservatario: gli è il caso del nostro articolo che a questo riservatario dà l'investitura di tutto; ma, siccome non àvvi riservatario per l'altra, essa cade sotto l'artic. 1006-932, il quale dà questa investitura al legatario universale.

1005. [931] Nondimanco, ne' medesimi casi, il legatario universale avrà il godimento de' beni compresi nel testamento, a contar dal giorno della morte, se la domanda di rilascio è stata fatta entro l'an-

(1) Questi articoli son perfettamente conformi. *Il Trad.*

no da quell' epoca, altrimenti questo godimento non comincerà che dal dì della domanda prodotta in giudizio, o dal dì che la domanda sia stata volontariamente consentita (1).

SOMMARIO.

I. Secondo i più degli autori, il legatario universale ottiene i frutti dal momento della morte per effetto di un dritto, cui la sua natura medesima estende al legatario a titolo universale.
II. Critica di questa dottrina. Vi si tratta in tal caso d'un favore che questo secondo legatario non può invocare.

I. — 102. Ai termini di quest'articolo, il legatario *universale* (purchè abbia cura di domandare il rilascio entro l'anno dal tempo della morte) à dritto ai frutti dal giorno stesso di questa morte; secondo l'art. 1014-968 al contrario, il legatario *particolare* non à mai dritto ai frutti se non dal momento della sua domanda. Perchè questa differenza? La è una quistione su cui gl' interpreti son lungi d'esser concordi e che non è senza importanza; attesochè dalla soluzione che le si darà dipende quella del punto di sapere se dal giorno della morte o dal giorno della domanda appartengano i frutti al legatario *a titolo universale*, su i dritti del quale tace il Codice (art. 1001-927).

La maggior parte degli autori insegnano che il dritto ai frutti a contare dal giorno stesso della morte è pel legatario universale una natural conseguenza del suo legato. — « I frutti d'una eredità, dicono, finchè essa non sia divisa tra i diversi aventi dritto, vengono a riunirsi a quest' eredità, come accessorio al principale, e ad aumentarne la massa, *fructus augent haereditatem*; per guisa che, quando i vari condividenti vengono a prender ciascuno la sua parte, trovanla accresciuta d'una parte proporzionale in tutti i frutti scaduti. » Cotalchè, quando il legatario universale viene in faccia all'erede riservatario, a prendere una frazione dell'eredità, la metà per esempio, per la natura stessa delle cose e prendendo la sua metà di successione tal quale è *hic et nunc*, si trova egli d' avere eziandio la metà di tutti i frutti scaduti. Il legatario particolare, all' opposto, non prendendo una frazione della massa considerata nel suo insieme, una quota dell' universalità, ma solo uno o più beni speciali, non può dunque aver dritto ai frutti che son venuti ad aumentar questa massa; i frutti della cosa legatagli non gli appartengono che dal momento in cui questa cosa è separata dalla massa per entrare sotto il particolar suo possesso, val dire a far tempo dalla sua domanda giudiziaria di rilascio (ovvero dal rilascio amichevolmente consentito). In virtù di questo principio, il legatario a titolo universale à altresì dritto ai frutti dal giorno stesso della morte; posciachè, al pari del legatario universale, anch'egli viene a prendere parte all' universalità de'beni (2).

II. — 103. Questa dottrina che sembra dubbia al Dalloz (cap. 7. sez. 3.) e che positivamente rigetta il Coin-Delisle (art. 1015, n. 11), sembra infatti anche a noi inammessibile.

E di fermo, come si vuol egli applicar qui la massima romana *fructus augent haereditatem*? come si vuole che i frutti vengano così ad accumularsi alla massa ereditaria, per dividersi con quella tra i condividenti, allorchè un altro principio li fa divenire proprietà d'un solo al momento stesso che si avverano? L' erede riservatario è qui il possessore legale; la legge, fino alla domanda di rilascio, lo fa possessore di tutta la successione, ma, se per virtù della legge egli è solo possessore, egli solo à dunque dritto ai frutti; e questi frutti pertanto non possono accumularsi per andar divisi tra lui e il legatario. — Dunque *per principio*, all'erede, non al legatario, appartengono i frutti sino alla domanda di rilascio; e noi vediamo una *eccezione* di favore nella disposizione onde il nostro articolo attribuisce al legatario questi frutti, egli è secondo noi un benefizio destinato a racconsolare il legatario universale della privazione del titolo di erede testamentario; ricusandogli il Codice, contrariamente al dritto romano, gli onori di tal qualità, il Codice à voluto almeno che ne avesse i vantaggi pecuniari. Se questo dritto ai frutti dal momento della morte non fosse un privilegio eccezionale, se fosse un dritto rigoroso, come mai svanirebbe soltanto per non averlo il legatario reclamato nel corso dell' anno? Una sì facile decadenza si concepisce per un benefizio concesso in linea di favore e all' infuori de' principî; ma non si comprenderebbe più per un dritto stretto. — Adunque per un'eccezione di favore ottiene il legatario universale i frutti scaduti dal momento della morte, quando à cura di domandarli innanzi l' elasso d'un anno; e poichè la è un'eccezione, e quest' eccezione non è riprodotta pel legatario a titolo universale, noi ne conchiudiamo col Coin-Delisle che quest'ultimo non à mai dritto ai frutti se non a partire dalla sua domanda di rilascio, alla stessa guisa del legatario particolare.

104. Egli è patente, del resto, che il legatario universale o a titolo universale non sopporterà gl'interessi de'debiti che cedono a suo carico se non dal momento che avrà il godi-

(1) Questi articoli son perfettamente conformi. *Il Trad.*

(2) Grenier, n. 297; Toullier, V — 515; Demante, II — 377 e 383; Duranton, IX — 211; Vazeille, art. 1011 n. 2.

mento: è risaputo infatti che gl'interessi de'debiti sono unonere de'frutti.

1006. [932]. Allorchè alla morte del testatore non vi saranno eredi, a'quali sia riservata per legge una quota de' suoi beni, il legatario universale sarà di pieno dritto immesso in possesso per la morte del testatore, senza esser tenuto a domandare il rilascio (1).

SOMMARIO.

I. In difetto d'eredi riservatari, il legatario universale è di pieno dritto messo in possesso della successione.
II. Ma questo legatario non diviene perciò erede propriamente detto: dissenso dal Demante e dal Coin-Delisle.
III. Quando il defunto lascia degli avi e dei fratelli o sorelle, il legatario universale è investito e rimane investito del possesso, salvo rinuncia de' fratelli o delle sorelle: confutazione dell'opposta dottrina del Delvincourt e del Coin-Delisle.

I — 105. Abbiam veduto che il Codice, pur ricusando al legatario universale, in concorso con un eredo riservatario, gli onori del titolo di erede, gliene accorda i benefizi, permettendogli di ottenere, dal momento stesso della morte del testatore, i frutti della frazione di successione che gli appartengono: togliendo al testatore il dritto di far degli *eredi*, la legge dovea ben lasciargli il dritto di donar pienamente il suo disponibile, capitale ed interesse. Ciò fa l'articolo precedente, posciachè accordando pure all'erede che concorre con un legatario universale il possesso giuridico di tutta l'eredità fino al rilascio, possesso che dovrebbe assicurare a questo erede tutti i frutti sino alla detta epoca, autorizza il legatario a cancellar questa conseguenza e a farsi rilasciar i frutti prodotti dalla sua porzione.

In questo sistema, il quale torniamo a dire non ha inteso togliere all'istituzione testamentaria che *gli onori* dell'eredità senza togliene i vantaggi pecuniari, il legatario universale chiamato all'intera successione per manco d'eredi riservatari dovea dunque aver tutti i frutti, assolutamente tutti, senza che veruna particella della successione rimanesse all'erede non riservatario. Ma, polchè in questo caso l'erede del sangue nulla aver dovea dei beni ereditari, sarebbe stato affatto inutile ed insignificante di lasciargliene l'investitura: a qual pro allora mantenere e rispettare nello erede un vano titolo, che nulla dee produrre, tranne l'imbarazzo pel legatario di venir a domandare il rilascio? Non era meglio per avventura cancellar dalla teorica legale ciò che avea cessato d'essere nella realità, e mettere incontanente in possesso il legatario, proclamando non esservi in questo caso successione *ab intestato*? Tanto fa il nostro articolo 1006-932, il quale dichiara che, in mancanza d'eredi riservatari, il legatario universale viene immesso incontanente nel possesso, sin dalla morte del testatore, senza aver da domandare rilascio a chicchessia.

II. — 104. Il veder noi qui il legatario universale immesso di pieno dritto in possesso non è mica, secondo noi, una ragione per andar più in là o dire, come parecchi giureconsulti (segnatamente il Demante, II-378, e il Coin-Delisle, art. 1003 n.° 1) che egli cessa allora d'esser legatario e diviene un vero erede (cosa che l'obbligherebbe al pagamento de' debiti *ultra vires bonarum*).

La *saisine* altro non è che il possesso legale; e le parole « *Legataire saisi de plein droit* » significano semplicemente « Legatario immesso di pieno dritto in possesso, » per modo che la *saisine* del legatario universale che non incontra eredi riservatari consiste in questo, che il legatario ottiene, subito morto il testatore e per la sola forza della legge, il possesso che altrimenti dovrebbe domandare all'erede del sangue. Ora, in qualunque maniera ed in qualunque momento si trovi effettuato, il dritto di possesso è mai sempre lo stesso; e la posizione che dà a questo legatario la *saisine* è nè più nè meno quella che, in difetto di *saisine*, avrebbo egli avuta più tardi per la sentenza del giudice e mercè il consenso dell'erede. Certamente il possesso accordato al legatario dall'erede o dal giudice non trasforma punto questo legatario in erede, dunque il possesso che la stessa legge gli dà lo lascia egualmente semplice legatario: il legatario *saisi* è il legatario (e null'altro che un legatario) dichiarato in possesso. Così un semplice esecutor testamentario, che in nulla è successore del defunto, può ricevere, durante l'anno che segue questa morte, come mezzo d'esecuzione del legato, la *saisine*, il possesso de' beni mobili (art. 1026-981). Dunque, se è vero che un erede abbia sempre cotal possesso non è vero reciprocamente che chiunque à il possesso sia solo perciò erede.

E, se la nostra teorica si trova così stabilita col ragionamento, non lo è eziandio in virtù della disposizione formale dell'art: 1002-928 e pei motivi ben conosciuti della legge? L' art. 1002 dichiara che ogni disposizione testamentaria non *produrrà* mai altro *effetto* che quello d' un *legato*; e questo articolo fu formolato sulla domanda del tribunato, apposita-

(5) All' art. 1006 C. Nap. risponde l'art. 923 LL. CC., nel quale soltanto le parole: *al legatario universale* si son fatte precedere dalle parole: *all'erede scritto o . . .*, perchè si tenga ben presente, che fra queste due espressioni non corre più la differenza che v' era nell' antico dritto. *Il Trad.*

mente per proclamare quest'idea principale che « tutti gli effetti dalle leggi romane annessi al titolo di *erede (testamentario)* sono *interamente distrutti* ».

III. — 107. In ispiegando nel nostro precedente volume l'art. 915 (n. II) noi abbiamo stabilita quest'idea, tanto semplice del resto, che gli ascendenti d'una persona defunta non àn dritto a una riserva su i beni di lei, se non si trovano chiamati alla sua successione *ab intestato*; attesochè vuolsi evidentemente esser erede prima d'esser erede riservatario, *prius est esse quam esse tale*. Abbiam quindi detto che, se il defunto lascia un avolo e de' fratelli o delle sorelle, il primo non essendo erede (art. 730 - 672) non può domandar riserva e che per conseguenza il defunto à potuto disporre di tutti i suoi beni; donde segue che, se il defunto, in questo caso, à istituito un legatario universale, questi sarà, secondo il nostro articolo, di pieno dritto investito del possesso, senza che l'avolo (poichè non è mica erede) possa torgli alcuna parte de' beni nè astringerlo a domandare il rilascio. Abbiamo infine rilevata la contraria dottrina del Delvincourt e del Coin-Delisle.

Questa strana dottrina s'appoggia sulle seguenti idee :

« È vero che i fratelli e le sorelle son preferiti agli avoli e agli altri ascendenti, per la successione *ab intestato*; perocchè ne gli escludono sempre (art. 750). Ma gli ascendenti son preferiti ai fratelli e alle sorelle per la successione testamentaria, giacchè ànno contro il legatario una riserva che non àn mica i fratelli (srticolo 915-831): Dunque v'è da maravigliarsi di veder succedere degli avoli, malgrado la presenza di fratelli che non succedono: sarebbe impossibile in successione legittima, ma è affatto notevole in successione testamentaria » (Delvincourt). — « Allorchè il defunto, lasciando un avolo e un fratello, à istituito un legatario universale, questi in faccia al fratello è investito di pieno dritto, nell'istante medesimo della morte; di guisa che il fratello si trova non esser punto erede, non chiamato alla successione, a cui gli è chiuso l'accesso in quel medesimo che il testatore rende l'ultimo sospiro. Questo fratello rimane estraneo alla successione, così come se vi avesse rinunziato; egli ne viene eliminato dalla legge stessa, come lo sarebbe stato per una rinunzia volontaria. Questa rinunzia non è necessaria qui, e non sarebbe pur possibile: postochè, essendo il fratello completamente spogliato della successione, di cui è investito in sua vece il legatario, non ci à più nulla a cui questo fratello possa rinunciare, non à più obbietto la rinunzia. Ma, poichè il fratello si trova estraneo alla successione, vi si trova dunque chiamato l'avolo; e, siccome ques ti à una riserva, fa pur duopo che il legatario la rispetti (Coin-Delisle) ».

Tutto ciò, diciamolo aperto, non è che sofisma, contraddizione e confusione d'idee; e fa stupore che abbiano potuto cadervi degli uomini così assennati come il Delvincourt e il Coin-Delisle.

108. Egli è falso innanzi tratto che gli avoli sieno preferiti ai fratelli nella successione testamentaria, come i fratelli lo sono agli avoli nella successione legittima; e che il nostro titolo *delle Donazioni* sia venuto a rimettere innanzi quelli che il titolo *delle Successioni* avea già messi indietro. Il nostro titolo al pari del precedente dà tuttavia la precedenza ai fratelli sugli avoli, e niun testo per avventura ci à che chiami questi prima di quelli. In verità, gli avoli, *quando vengono alla successione*, vi vengono con un dritto più energico di quello de' fratelli (dacchè ànno una riserva che questi punto non ànno); ma, onde abbiano un dritto quale che sia, bisogna innanzi tutto che vengano alla successione; e, ripetiamolo, mai non vi vengono se non dopo i fratelli : l'art. 915, anzichè modificare, con istabilir la riserva degli ascendenti, l'ordine di succedere anteriormente fissato, dichiara al contrario che questa riserva non sarà da essi raccolta se non *nell'ordine in cui la legge gli chiama a* succedere.

Or qual sofisma, qual confusione ci à mai in questa antitesi fra il nostro titolo e il precedente, fra la successione testamentaria (in cui la presenza sarebbe per gli avoli) e la successione legittima (in cui è pei fratelli) ?... Forsechè non son sempre dalla legge chiamati unicamente per successione intestata i fratelli e gli avoli ?.. Forsechè non sempre ed unicamente per successori *ab intestato* può esser quistione di riserva?... forsechè l'avolo il quale viene a far ridurre un legato unicamente per prendere il suo quarto, non lo fa come successore *ab intestato*?... forsechè il capitolo 3 del nostro titolo *sulla porzione disponibile e sulla riduzione*, nel tempo stesso che appartiene alla materia delle *Donazioni* in quanto spetta ai donatari, non appartiene alla materia delle *Successioni* in quanto spetta i riservatari?... forsechè tutto ciò che è tolto ai legatari (o ancora ai donatari tra vivi dei quali voi non fate parola, perchè quest'idea guasta la vostra antitesi) non ricade nella successione *ab intestato* ?

Falso è del pari che, in grazia dell'investitura del legatario universale, i fratelli e le sorelle divengano assolutamente senza dritto, quasi che avessero rinunciato. L'erede, anche non riservatario, conserva sulla successione, ad onta dell'investitura del legatario universale, un dritto eventuale, una speranza, che può benis-

simo esser l'obbietto d'una rinunzia. Questa speranza, questo dritto condizionale, si è quello di riprendere la successione, qualora, per una cagione qualsiasi, il legato universale venisse meno. Onde, che il testamento sia annullato per vizio di forma o che il beneficiario rinunzii in tutto o in parte al suo legato, o che venga a riconoscersi che il legato, creduto universale, è soltanto a titolo universale o eziandio particolare, in tutti questi casi, l'erede più prossimo, se non à rinunziato, verrà a raccogliere; laddove, se avesse rinunziato, la successione passerebbe all'erede più lontano. Cotalchè, fintanto che l'erede dell'ordine più favorevole non à rinunciato, resta sì, atto a riprendere, in tutto o in parte, il patrimonio, se vi sia luogo; conserva egli il dritto eventuale alla successione, riempie egli la successione *ab intestato*, attualmente spogliata in favore della successione testamentaria; egli, infine, si trova faccia a faccia col legatario universale; e secondo che questo erede sarà o no riservatario, il legatario sarà o no investito del possesso e prenderà la totalità o solo una parte de' beni. Che se questo primo erede rinunzia, allora, e allora soltanto, gli sottentra quello dell'ordine susseguente, e, se questo novello erede è riservatario, quando l'altro non l'era, il legatario universale, in cui erasi dapprima riconosciuta la investitura, si troverà di non averla e gli sarà forza domandare il rilascio a questo nuovo erede (il quale, beninteso, si presume esserlo sempre stato secondo l'art. 785), lasciandogli d'altronde la sua riserva.

Ecco a che si riduce il sistema contrario: « Il legatario universale, poichè si trova qui a *fronte del fratello*, il quale non à riserva, *è dunque in possesso* (ciò è vero). — Ma, poichè il legatario è in possesso, il fratello è dunque eliminato e diviene estraneo alla successione, come se rinunziasse (ciò è falso e lo è del pari tutto ciò che segue); ora, divenendo estraneo il fratello, non istà dunque a fronte di lui il legatario, sibbene *a fronte dell'avo*; — Ora, stando il legatario a fronte dell'avo, il quale à diritto a una riserva, *non è dunque altrimenti in possesso.* » Come si vede, ciò torna a dire che il legatario si trova a fronte dell'avo perchè sta a fronte del fratello; e che non è in possesso, perchè è pienamente in possesso!!!

109. Ecco ora la teorica della legge: Per sapere se il legatario universale è o no in possesso, bisogna considerare se l'erede a cui s'indirizza la chiamata ab intestato è o no riservatario (art. 1004 e 1006 — 930 e 932). — Allorchè il defunto lascia un avo e un fratello, al solo fratello è devoluta la successione *ab intestato* (art. 746, 750 — 668, 669, 672); or questo fratello non à riserva; dunque in tal caso è in possesso il legatario. Se, dopo questa investitura operata di pieno dritto sin dal momento della morte, il fratello venisse a rinunziare, poichè l'effetto retroattivo della sua rinunzia fa riguardare questo fratello come non istato mai erede e l'avo come colui che lo è stato *ab initio* (art. 785 — 702), a fronte dell'avo si presumerebbe essersi trovato il legatario, ed avendo quest'avo dritto a una riserva (art. 715 — 635), il legatario si troverebbe non investito — Ma fintanto che il fratello non rinunzia, a lui solo s'indirizza la chiamata legale (per gli effetti quali si sieno che potrà produrre). Adunque a fronte di lui, non già dell'avo, si trova il legatario sinchè il fratello non abbia rinunziato; dunque sino alla sua rinunzia il legatario conserva tuttavia il possesso (1).

1007. [933]. Ogni testamento olografo, innanzi d'esser messo ad esecuzione, sarà presentato al presidente del tribunale di prima istanza del circondario, in cui è aperta la successione. Se è suggellato, sarà aperto. Il presidente stenderà processo verbale della presentazione, dell'apertura e dello stato del testamento, del quale ordinerà il deposito nelle mani di un notaio da lui commesso (2).

Se il testamento è nella forma mistica, la presentazione, l'apertura, la descrizione ed il deposito di esso saran fatti allo stesso modo; ma l'apertura non potrà farsi che in presenza di quelli fra' notai e testimoni che han firmato l'atto di soprascrizione, i quali si trovino sui luoghi, o dopo averli chiamati.

110. Questo articolo non è collocato logicamente, dacchè si occupa de' testamenti, olografi o mistici, che contengano disposizioni, *quali che sieno* (vuoi universali, vuoi a titolo universale, vuoi particolari), ed è scritto in mezzo alla sezione consacrata ai soli legati universali. Questa mancanza di metodo si spiega di leggieri. Il legislatore, giungendo (come si vedrà dall'articolo che segue) a indicar le condizioni sotto le quali il legatario universale, quando è chiamato con un testamento olografo o mistico, può ottenere in fatto il possesso che l'investitura gli conferisce in dritto, ed essendo parecchie di queste condizioni necessarie per l'esecuzio-

(1) Grenier, num. 572; Toullier V—114; Vazeille, art. 915, num. 3; Poujol, art. 1004, num 9; massimamente Duranton VIII—310 e 311, IX—195.

(2) Al presidente del tribunale del distretto è sostituito il giudice del circondario, così conciliando celerità e minor dispendio. *Il Trad.*

ne di tutti i legati, anche particolari, contenuti in tali testamenti, sarà sembrato affatto naturale porre qui come parentesi questa regola comune a tutti i testamenti olografi o mistici, in cambio di farne un'apposita sezione.

Siffatte condizioni sono, come si scorge; 1.° la presentazione del testamento olografo o mistico al presidente del tribunale; 2.° l'apertura che ne fa esso presidente, il quale stende un processo verbale descrittivo dello stato in cui trova l'atto; 3.° il suo deposito fra le minute del notaio designato con ordinanza del detto presidente. Quando il testamento è mistico, debbonsi chiamare all'apertura quelli fra i notai e testimoni che firmarono la soprascrizione, i quali sieno ancor viventi e si trovino sul luogo.

1008. [934]. Nel caso dell'art. 1006, se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà tenuto a farsi immettere in possesso con un'ordinanza del presidente messa appiè d'una domanda, a cui sarà alligato l'atto di deposito (1).

SOMMARIO.

I. Quando il testamento è mistico ovvero olografo, il legatario investito dee farsi immettere in possesso di fatto con un'ordinanza del presidente. L'ordinanza, o accordi o ricusi l'immissione in possesso, può essere impugnata dall'erede o dal legatario.

II. Dopo l'ordinanza anzidetta, l'erede, senza opporvisi altrimenti, può tuttavia impugnare il testamento; e spetta al legatario provarne la validità. Dissenso da Toullier, Duranton, Coin-Delisle, Chauveau e da numerosi arresti.

I. — 111. Avvegnachè il legatario universale, appena morto il testatore, sia dalla legge medesima investito *ipso jure* del dritto di possesso, tuttavia non sempre gli è permesso mettersi da sè in possesso di fatto. Lo può quando il suo testamento è per atto pubblico; ma, se l'atto è mistico od olografo, dee prima adempiere alle condizioni indicate dall'articolo che precede ed indi presentare al presidente: 1.° l'atto che giustifica il deposito effettuato presso il notaio commesso e 2° una domanda all'uopo di farsi immettere in possesso. Mercè un'ordinanza scritta a piedi di questa domanda sarà accordato al legatario il possesso di fatto.

Egli è chiaro che il presidente, cui si domanda l'immissone in possesso, non deve concederla che con iscienza di causa, e non può farsi l'istrumento passivo e cieco del primo pretendente senza entrar nel merito delle cose nè toccare la quistione di validità (punto sul quale la controversia tra il preteso legatario e gli eredi sarebbe portata innanzi all'intero tribunale), deve egli assicurarsi che l'atto abbia almeu l'apparenza d'un testamento valido, il quale contenga un legato universale: se per esempio un preteso testamento olografo non fosse scritto tutto quanto dalla stessa mano, o se vi mancasse la firma o la data, o se il legato che contiene non fosse evidentemente che a titolo universale o particolare, egli è aperto che l'ordinanza dovrebbe esser ricusata, salvo al legatario che si pretendesse leso ad adire il tribunale. Ben s'intende che gli eredi possono dal canto loro impugnar l'ordinanza che pronunzia l'immissione, come male a proposito accordata. Mentre durerà questo dibattimento sul possesso, i beni che ne fan l'obbietto possono esser affidati sino all'esito della causa alla custodia di un terzo, secondo l'art. 1961 2°-1833, il quale dichiara che « la giustizia può ordinare il deposito giudiziario degl'immobili o delle cose mobili, la proprietà o il possesso dei quali è litigioso fra due o più persone ».

II — 112. Quando gli eredi riconoscono esser l'immissione in possesso debitamente pronunziata, ossia che il testamento non presenta veruna nullità apparente, verun vizio di forma manifesto, possono tuttavia impugnar questo testamento per la tale o tal'altra causa; esempligrazia pretendendo che la scrittura o la firma del testamento olografo non appartenga al loro autore. Ma a chi incomberà in tal caso l'onere della pruova? spetta egli all'erede stabilire l'individualità del testamento? spetta al legatario provarne la validità? Così, per la scrittura, dee l'erede provare che la non sia del suo autore, ovvero dee il legatario provare che pur da quello emani?... Questa è una quistione che da quarant'anni tien divisa la dottrina e la giurisprudenza, e mentre che i più recenti autori la risolvono in favor dell'erede, è decisa in senso contrario dagli ultimi arresti della Corte di cassazione (1).

Noi abbiam sempre pensato e pensiamo ora

(1) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

(2) *Contro l'erede*, Toullier, V, 503; Grenier, *Don*, I — 292; Duranton, IX — 46; Chauv. su Carré, 9. 799; Favard, *Rep.*, V, p. 563; Coin-Delisle, art. 1008, n. 17 e 18, Bonnier, *Prove*, no 575; Torino, 10 genn. 1809; Caen, 1 apr. 1812; Rig. 28 dic. 1824; Rig. 10 ag. 1825; Bourges 16 lug. 1827; Rennes 16 giu. 1835; Cass. 23 mar 1845; Poitiers 11 ag. 1846; Rig. 9 nov. 1847; Cass. 13 mar. 1849; Rig. 27 genn. 1850 (*I. du P.* 1845, 2, 30; 1846, 2, 6, 9; 1848, 1, 338; 1849, 1, 642; 1850, 2, 485)

Contro il legatario. Merlin, *Rep.* vo *Testam*: sez. 2, § 4, art. 6, no 5; Vazeille, art. 1008, no 7, Boncenne, III, p. 435; Dalloz, vo *Disp. tra vivi*, c. 6, sez 3, art. 5; Coulon, *Quist.*, I — 368; Toullier, IV, p. 149; Zachariæ, V, p 86 e 87; Duvergier su Toullier; Colmar 12 lug. 1807; Bruss. 21 lug. 1810; Metz 3 mag. 1815; Rig. 13 nov. 1816; Bourges 4 apr. 1827; Montpellier 16 giu. 1827; Rig 11 nov. 1829; Bourges 10 mar. 1834; Lione, 11 mar. 1839; Tolosa 16 nov. 1839; Aix, 12 giu. 1840; Besanzone 23 mar. 1842; Rennes, 28 agosto 1847 (*I du P.* 1839, 2, 361, Dall. 40, 2, 81; Dev. 42, 2, 205).

più che mai, ad onta degli arresti della corte suprema, che al legatario incomba provare la sincerità del suo titolo. Il testamento olografo, in fatti, non è che un atto privato; è quindi suscettivo della verificazione di scrittura (art. 1322 a 1324 — 1270 a 1278) o non à duopo d'essere impugnato coll'iscrizione in falso. Or egli è incontrastabile che su ogni verificazione di scrittura colui che si prevale dell'atto da verificare dee stabilirne la sincerità; sempre egli è attore nel giudizio di verificazione, ancorchè fosse convenuto nel giudizio che a quella dà luogo. Ciò non è mica dubbio, posti gli art. 1323 C. civ. e 199 C. proc. Qui sta tutta la quistione; ma noi dobbiam passare a rassegna le moltiplici obbiezioni che sonosi successivamente dirette contro questa dottrina.

113. 1.° Si è cominciato dal sostenere che il testamento olografo, dopo l'ordinanza, in esecuzion della quale vien depositato presso un notaio, debba esser considerato come atto autentico, epperò di natura da non potersi impugnare che con l'iscrizione in falso, nella quale la pruova dee essere amministrata dall'avversario del documento (Torino 1809; Caen 1812). Ma quest' idea non era punto sostenibile, sia a fronte dell'art. 1317 — 1271, il quale non riconosce come autentici che gli atti stesi *da uffizioli pubblici*, sia dell'articolo 999 — 925, che dichiara il testamento olografo *atto privato*. Siccome un atto non può mutar natura perchè sia depositato nel tale o tal luogo, fu bentosto abbandonato questo argomento, il quale, condannato dall'arresto di cassazione del 1816, non è stato più riprodotto posteriormente.

2.° Si è detto di poi (segnatamente dall'arresto di Rennes del 1835) che, se il testamento è un atto privato, è almeno un atto d'una specie particolare e che non riceve punto l'applicazione degli art. 1322 a 1324 — 1276 a 1278, i quali non son fatti che per le convenzioni. Ma il sistema avverso si condanna qui per una duplice contradizione. Da una banda, se gli art. 1322 a 1324 non fossero applicabili al testamento olografo, non ci avrebbe luogo per esso alla verificazione di scrittura, ma soltanto all'iscrizione in falso; ora gli avversarii riconoscono il contrario. D'altra parte, questi articoli non son solamente applicabili alle convenzioni, postochè vi si riconoscono sottomessi i testamenti che contengono do' legati particolari o a titolo universale, e perfin quelli che contengano legati universali, qualora vi sieno eredi riservatarii o non vi sia stata per anco ordinanza d'immissione in possesso.

3.° Si è detto (il Bonnier) che la legge non avea potuto aver l'idea di lasciare il legatario nell'obbligo di provare la sincerità del testamento dopo molti anni e in un momento in cui possano esser periti i suoi mezzi di verificazione. Ma chi non vede che l'obbiezione sussisterebbe *per tutti gli atti privati*, e metterebbe capo niente meno che a cancellar dal Codice gli art. 1322 a 1324? Chi non vede altresì, che il beneficiario dell'atto privato può, se abbia delle apprensioni, prender l'iniziativa e provocare egli stesso la verifica o la ricognizione del suo atto?

4.° Toullier, Duranton, Coin-Delisle e Chauveau, poi con essi gli arresti della Corte suprema, dicono che il legatario preteso, una volta che à ottenuta l'ordinanza d'immissione, essendo così in possesso dei beni, la qualità di attore si trova per conseguenza presso il preteso erede che viene ad attaccarlo, e quindi a lui incombe l'obbligo di far la prova... Ma qui è disconosciuto uno de' principii più elementari, e la costante riproduzione di quest' idea falsa diviene veramente strana, attesa la reiterata confutazione cui è stata obbietto. Sì senza fallo, l'erede preteso è attore principale e dee pertanto far la prova della *domanda*; ma deve a sua volta il convenuto far la prova della *eccezione*; or di quest' ultima per avventura si tratta. Indubitatamente colui che si pretende erede legittimo dev' egli provare la sua qualità (se sia oppugnata); ma, una volta che la è provata (o riconosciuta), colui il quale si pretenda investito d'una qualità che distrugge la prima, della qualità di legatario universale, deve egli a sua volta provare questa qualità. Se è vero che *ACTORI incumbit probatio*, è vero altresì che *reus excipiendo fit ACTOR*.

5.° Lo Chauveau, il quale almeno à compresa la giustezza di questa confutazione, cerca di sfuggirvi, dicendo che il preteso legatario non diverrà punto attore sull'eccezione, atteso che niuna eccezione, niuna difesa opporrà, che avrà cura di non dir nulla, di tacersi... Ma è questa di fermo la prova migliore della falsità del sistema. Imperocchè è patente che, se il possessore di un bene, a fronte di colui che lo combatte provando il suo proprio dritto a quel bene, si contentasse (in luogo di argomentare da un dritto più forte) di dire che nulla à da rispondere, questo possessore sarebbe necessariamente evinto... Egli è ben evidente che, quando l'attore à provato o fatto riconoscere il suo dritto di legittimo erede, non può respingerlo il convenuto se non fondandosi sull'essere egli erede testamentario e che, avendo il primo dovuto provare in caso di contestazione la pretesa per la quale attaccava, il secondo dee provare a sua volta quella per la quale si difende.

6.° Dirassi forse, col Coin-Delisle o cogli arresti di cassazione, che, essendo il legatario universale di pieno dritto investito in virtù dell'art. 1006 e non potendo coesister due investiture, ne segue che pel fatto dell' esistenza dell' erede testamentario, l'erede legittimo per-

da la sua qualità? Ma troppo chiara è in verità la petizione di principio. Senza dubbio le conseguenze che si attribuiscono all' esistenza di un erede testamentario sono reali; ma la quistione è appunto di sapere se esista un erede testamentario, se quegli che si pretende legatario è tale, se l' atto ch' ei presenta come testamento è un testamento! L'erede legittimo sostiene non esservi testamento, non legatario universale, non investitura, e il fatto che voi preudete come punto di partita è precisamente il punto dibattuto, il punto da discutere!

7.ª Dirassi infine, egualmente cogli arresti di cassazione, che il testamento olografo è un atto *sui generis*, d' una natura *speciale* e che gode *di una forza d' esecuzione tutta particolare*; che la legge qui sancisce provvisoriamente delle semplici probabilità, delle apparenze; e che, movendo da siffatta idea (emessa nella discussione del consiglio di stato) che i testamenti olografi veri sono in maggior numero dei falsi, dà effetto all'atto prima d'ogni giustificazione e preliminarmente? Ma, come dicevamo nella nostra difesa in occasione degli arresti del **13 marzo 1849** e del **23 gennaio 1850**, bisogna precisar questo effetto provvisoriamente accordato dalla legge, bisogna ricercare in che consiste questa forza d'esecuzione particolare. Or ciò che vi à qui di *particolare* nella *forza d'esecuzione* del testamento si è che, giusta l'art. **1008-934**, quest'atto permette al legatario di farsi immettere, prima d'ogni dibattimento e mediante una semplice ordinanza non contraddittoria, *in possesso* de' beni; per guisa che quest'idea riesce ancora all'esame dell'influenza del possesso sulla quistione di prova, esame già fatto di sopra (4.° e 5.°).

114. Dunque il preteso legatario universale avrà, mercè la sua ordinanza d' immissione in possesso, il vantaggio di non dover fare la prova della *domanda* (e questo vantaggio è grandissimo, dacchè, se, nella disputa fra il sedicente legatario e un sedicente erede legittimo, ambedue si trovassero rispettivamente fuori stato di provare rigorosamente la loro pretensione, guadagnerebbe la causa il preteso legatario per il solo effetto del suo possesso); ma una volta fatta questa prova, spetta al legatario di far la sua prova di difesa: *actori incumbit, probatio*; *reus excipiendo fit actor* (1).

1009 [935]. Il legatario universale, che sarà in concorso con un erede riservatario, sarà tenuto pe' debiti e pesi della successione del testatore, personalmente per la sua parte e porzione e ipotecariamente per il tutto; e sarà tenuto a soddisfar tutt' i legati, salvo il caso di riduzione, siccome è spiegato negli articoli 926 e 927 (2).

115. Il legatario universale, che dee soddisfare per intero i pesi ereditari (fino a concorrenza de' beni), quando raccoglie tutta la successione per mancanza d'eredi riservatari, ne dee, ben inteso, una parte soltanto, allorchè il concorso d'eredi riservatari lo riduce a non avere che una parte del patrimonio. Sicchè quando prende un sol quarto de' beni, perchè il defunto lascia tre figli o più, che accettano tutti la successione, non dee che un quarto de' debiti; se un sol figlio venga alla successione, ondo il legatario abbia la metà de' beni, dovrà la metà del passivo, e così via. Gli è la conseguenza necessaria e già sovente espressa di queste due idee: 1.° che il legatario universale chiamato all' universalità de' beni raccoglie o la totalità o una quota parte di quest' universalità; e 2.° che il patrimonio d'una persona, l'universalità de' suoi beni altro non è che l' insieme del suo attivo, dedottone l'insieme del suo passivo.

In quanto a' legati, siccome debbono essere soddisfatti, non precisamente coll' insieme dei beni, ma con la parte disponibile di questi beni, il legatario universale, che prenda per sè solo tutto il disponibile, è dunque egli solo tenuto a pagarli; salvochè, quando il suo legato universale subisce una riduzione, la legge gli permette (art. **926-843**) di far subire agli altri legati una riduzione proporzionale. — Essendo il legatario universale colui che si trova chiamato alla totalità de' beni, ed impedendogli il concorso d' un erede riservatario di prender questa totalità, sembra che siffatto concorso d'un riservatario darà luogo a una riduzione

(1) Chi bramì un più ampio svolgimento vada al nostro articolo della *Riv. di dr. fr.* (1847, p. 935) e alla *Riv. crit.* (1851, p. 277).

(2) Dall'art. 1009 C. Nap. non è difforme il 935 LL. CC. — Degli art. 936 a 940 LL. CC. abbiam favellato nella nostra nota all'art. 898 (936); e degli art. 940 a 945 nella nostra nota all'art. 896 C. Nap. — Ora diciamo degli art. 946 a 969. Questi articoli, che non hanno corrispondenti nel Codice francese, formano una nuova Sezione su' *Maioraschi*. I maioraschi, aboliti dal Codice Napoleone, vennero tra noi ristabiliti con la legge del 21 dic. 1809 e poscia riordinati con quella de' 5 agosto 1818 a cui fu annesso un regolamento. Indi la prima venne trasferita di peso nelle *Leggi Civili* e formatane la Sez. VII del Cap. V del nostro titolo, in cui l'art. 959 rinvia al regolamento anzidetto. E nuove disposizioni furono ancora emanate con la legge del 17 ott. 1822, che il legislatore dichiarò doversi considerar parte integrante delle *Leggi Civili* su' maioraschi. Chi ne abbia vaghezza, vada al testo di queste leggi, delle quali non ci sembra necessario dir più che tanto. *Il Trad.*

necessariamente e sempre, e non si concepisce a bella prima che il nostro articolo, prevedendo questo concorso, possa dire che il legatario soddisferà intero il legato, *salvo il caso di riduzione*. . . Noi abbiamo già risoluta cotale difficoltà, facendo osservare che il legato può essere universale, chiamando, non a tutti i beni, ma a' beni disponibili. Il legatario allora, comunque abbia dritto eventualmente alla totalità del patrimonio, non essendo formalmente chiamato che alla parte disponibile, e il concorso d'uno o più riservatari lasciandogli tutta questa parte, si trova che non ci à più riduzione, in guisa che un legatario universale, anche in concorso con dei riservatari, non subisce punto la riduzione in tutt' i casi (V. art. 1003 e 926, n.° 3)

SEZIONE V.

Del legato a titolo universale.

1010. [964]. Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore lega una quota dei beni di che la legge gli permette di disporre, come una metà, un terzo, o tutt' i suoi immobili o tutti i mobili, o una quota determinata di tutti i suoi immobili o di tutt'i mobili (1).

Qualunque altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare.

SOMMARIO.

I. Due sole classi di legati ammetteva l'antica giurisprudenza.
II. Delle varie specie di legati a titolo universale.
III. La classe dei legati particolari abbraccia tutti quelli che non sono legati *universali* o *a titolo* universale secondo gli art. 1003 e 1010, e segnatamente qualunque disposizione di usufrutto: dissenso col Duranton.

I. — **116.** Il nostro antico dritto non conosceva legato *a titolo universale* distinto dal legato *universale*: le espressioni *legato universale e legato a titolo universale* eran sinonime e indicavano una sola e medesima classe di disposizioni. Due sole categorie di legati vi erano: 1.° il legato universale o a titolo universale, 2.° il legato particolare o a titolo particolare. Di questa divisione si trovano talvolta gli avanzi nel Codice. Così, quando l'art. 871 — 792 oppone il legatario *a titolo universale* al legatario *particolare*, dichiarando il primo sottomesso al pagamento de' debiti, da cui il secondo va esente, è chiaro che sotto la qualificazione di legatario *a titolo universale* comprende eziandio il legatario *universale*. Reciprocamente quando l'art. 909 — 825 oppone le disposizioni *universali* alle disposizioni fatte *a titolo particolare*, è ben evidente che abbraccia in una stessa espressione e il legato *universale* e il legato *a titolo universale*. È l'antica classificazione che viene naturalmente sotto la penna di quegli stessi che l'àn soppressa e che per avventura avrebbero fatto meglio di conservarla; chè come trovare una base alla classificazione immaginata dal Codice? come trovare una causa logica di separazione fra i legati universali e i legati *a titolo* universale, piuttosto che fra i legati particolari e i legati *a titolo* particolare? Se il legatario è o non è universale, non è forse in grazia del suo titolo medesimo? non son forse la stessa cosa il legato e il titolo? Sia che vuolsi, il Codice distingue tre classi di legati; e siccome la sua divisione, ridevole, diciamol pure, in quanto alle qualificazioni, non è però inapplicabile alle cose, ci corre il debito di seguirla scrupolosamente. Sicchè noi distingueremo del pari: 1.° il legato universale, 2.° il legato a titolo universale, 3.° il legato particolare o a titolo particolare.

Sì è facil cosa assegnare in poche parole i caratteri del legato universale, non è già lo stesso pel legato a titolo universale nè pel legato particolare; chè l'uno non può definirsi se non con l'indicazione successiva de'quattro rami in cui si suddivide; l'altro nol può che negativamente, dicendosi il legato particolare esser quello che non è nè universale nè a titolo universale.

II. — **117.** Circa al legato a titolo universale, innanzi tratto ce ne à, come abbiam detto, quattro specie, che vengonci indicate (in termini poco esatti) dal primo comma del nostro articolo. Il legato a titolo universale, in fatti, è quello con cui il testatore dispone o 1.° d'una parte aliquota dell'universalità de' suoi beni, o 2.° dell' universalità de' suoi beni immobili, o 3.° dell' universalità de' suoi beni mobili, o 4.° d'una parte aliquota dell'una o dell'altra di queste due universalità.

Noi presentiamo primamente come legato a titolo universale quello che attribuisce una quota parte dell'universalità de' beni; *di tutti i beni* e non solamente *dei beni disponibili*, come a torto dice il nostro articolo, che indurrebbe in errore chi si attenesse al suoi termini. Così, quando io non ò che un figlio e lego a Pietro la metà de' miei beni, qual' è la natura di questo legato? non è altrimenti un legato universale, giacchè non dà verun dritto, neppure eventuale, alla totalità de' beni. Stando al nostro articolo, non sarebbe tampoco un legato a titolo universale; perocchè non dispone nè di tutti gl'immobili nè di tutt'i mobili, nè d'una quota degl'immobili o de'mobili, nè in fine d'una quota de' beni

(1) Questi due articoli sono identici ne' due Codici. *Il Trad.*

disponibili (siantechè attribuisce tutto il disponibile); sarebbe dunque un legato particolare. Ma egli è ben evidente che non lo è; dappoichè, se è vero che io farei un legato a titolo universale legando la metà del mio disponibile, cioè, *il quarto* de'miei beni, come potrebbe il mio legato esser d'una natura meno energica, quando io ò legato *la metà* di questi medesimi beni?

Avvi dunque inesattezza di redazione nelle prime linee del nostro articolo. Senza fallo il legato che dispone d' una quota del disponibile è pure un legato a titolo universale; dacchè, il disponibile (quando non è proprio l'universalità) essendo esso stesso una quota dell' universalità, ne risulta che la quota del disponibile è una quota di quota, una frazione di frazione, e quindi una frazione dell' unità, in altri termini una quota del disponibile è ad un tempo una quota dell' insieme de' beni. Ma, se è vero che ogni legato d' una quota del disponibile sia un legato a titolo universale della prima specie, non è vero all'inverso che ogni legato di questa prima specie abbia per oggetto una quota del disponibile. Laonde conveniva prendere l' idea più ampia, la più comprensiva, presentando come prima specie di legato a titolo universale quello in cui il testatore dispone d' una quota parte *de'suoi beni*.

118 — Le altre tre specie di legato sono indicate esattamente; solo vuolsi avere cura di notare che, quando la legge parla qui di legato che dispone di tutti gl'immobili o di tutti i mobili, suppone che la disposizione rifletta gl'immobili o i mobili considerati in massa e nel loro complesso. Così colui il quale, non avendo altri immobili che due case e due fondi rustici, legasse a Pietro la sua casa di Parigi, la casa di Sceaux, poi il fondo di Normandia e quello di Piccardia, questi, comunque avesse legati tutti i suoi immobili, non avrebbe però fatto un legato a titolo universale, ma sì un legato particolare; perocchè avrebbe legati i tali e tali mobili, determinati e considerati isolatamente, e non già il complesso, l' universalità dei suoi immobili — Oggidì non si comprendono di leggieri queste tre specie di legati universali. Sotto le nostre consuetudini, allorchè si distingueva la successione agl' immobili e la successione ai mobili (in guisa che ciascuna di queste classi di beni formava un' universalità, una massa a parte che aveva il suo passivo separato), si comprende che la disposizione d'una di queste masse di beni formava un legato *universale*, essendo il legato d' una *universalità*; ma oggi che la legge non guarda nè all'origine nè alla natura de'beni (art. 732—655); oggi che gl' immobili e i mobili non formano più due successioni, ma una successione unica, una sola universalità; bisognava, per esser logico, non vedere che legati particolari nelle disposizioni di cui si tratta. Checchè ne sia, la legge è formale, e ci è forza accettarla tal quale è.

III. — 119. Qualunque disposizione che non rientri nelle definizioni su riferite de' legati universali e a titolo universale costituisce un legato particolare.

Sicchè colui il quale lega tutti i suoi immobili, ma come beni determinati e non già in massa; colui il quale lega, anche in massa e nel loro insieme, tutte le sue case, tutti i suoi boschi, tutti i suoi immobili delle colonie o del tale dipartimento, e così esclude gli altri suoi immobili, costoro non fanno che dei legati particolari. Lo stesso sarebbe del legato che facesse una persona di tutti i beni componenti la tal successione scadutale; questi beni, che precedentemente formavano una universalità, più non la formano dopo essersi venuti a confondere nel patrimonio del testatore; costituiscono cogli altri suoi beni una sola e medesima massa, nella quale non son più che beni particolari, e quindi la stessa disposizione forma un legato particolare. Altrettanto dovrà dirsi ancora di qualsivoglia disposizione d' usufrutto, per quanto esso possa essere esteso. Così, quando io lego il godimento di tutti i miei immobili o della metà di tutti i miei beni o anche dell' intera universalità di questi medesimi beni; io fo sempre un legato particolare. Tosto che, in fatti, non ò legato che il godimento, tutti i miei beni restano dunque nella mia successione intestata, ed io non ò disposto nè dell' universalità dei miei beni nè d' una quota di quest'universalità, nè dei miei immobili nè de'miei mobili, nè d'una quota dei miei immobili o dei mobili, in guisa che la mia disposizione, checchè dir ne possa il Duranton, cade sotto questa regola finale del nostro articolo: « ogni altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare.» E la prova che così sia è che i legatari universali o a titolo universale pagano necessariamente la loro porzione de'debiti (art. 1009, 1012-935, 966), laddove il legatario di un usufrutto, eziandio d' un usufrutto universale, non paga mai la più piccola parte. L'art. 612-537, a torto invocato dal Duranton, dimostra precisamente che l' usufruttuario, anche universale o a titolo universale, non sopporta mai che gl' *interessi* dei debiti; or pagare gl'interessi di un debito non è già soddisfare una porzione del debito; chè, dopo aver pagato quest' interessi esattissimamente pei volgere di 10, 12, o 15 anni, il debito non sarà scemato di un centesimo. — Senza dubbio si può parlare di legato universale e a titolo universale dell' usufrutto; il Codice lo fa nell' art. 610-535; ma bisognerà osservare che quelli non son legati universali ordinari e propriamente detti; bisognerà massimamente guardarsi dall' imitare il Duranton, il quale pur pretendendo qui

che i legati fatti in usufrutto entro i limiti del nostro art. 1010 sono legati a titolo universale (IX-208), riconosce altrove (n.° 189) che il legato fatto in usufrutto nei limiti più ampi dell' art. 1003 non è punto un legato universale. Egli è ben chiaro che, se si ammettono come modo di parlare de' legati a titolo universale d'usufrutto, è forza ammettere del pari i legati universali d' usufrutto.

1011. [965]. I legatari a titolo universale saran tenuti a domandare il rilascio agli eredi, cui una quota di beni è riservata dalla legge; in loro mancanza, a' legatari universali, e, in mancanza di questi, agli eredi chiamati nell' ordine stabilito nel titolo *delle successioni* (1).

120. Il legatario a titolo universale, non essendo mai chiamato alla totalità dei beni, non potrebbe per niun caso essere investito del possesso, e dee sempre domandare il rilascio. Le diverse persone a cui deve indirizzarsi secondo le circostanze sonoci indicate dal nostro articolo; sennonchè fa duopo completare la sua enumerazione.

Così quando l' intera successione è raccolta da uno o più eredi, riservatari o no, e che si dividono tutto il disponibile (esempligrazia un sol figlio, o tre o quattro figli, o i genitori, o un sol fratello, o più fratelli e sorelle, o un ascendente d' una linea e un collaterale non privilegiato dell' altra), il rilascio va domandato o all' unico erede ovvero ai più eredi, insieme. Se la successione è divisa fra vari eredi, de'quali gli uni soltanto sono riservatari, e la divisione non à dato ai primi (il padre e la madre, o uno dei due, con fratelli e sorelle o discendenti di essi) che la riserva, allora il rilascio va domandato ai soli eredi non riservatari, postochè essi soli detengono il disponibile. — Se àvvi un legatario universale, e questo legatario sia investito di pieno dritto del possesso, attesa l'assenza di eredi riservatari, deve a lui domandarsi il rilascio; so questo legatario universale non è altrimenti in possesso per la presenza di eredi riservatari, ma sia a lui stato fatto il rilascio, a lui stesso converrà indirizzarsi, poichè egli detiene il disponibile; se infine questo legatario universale non investito del possesso non à per anco ottenuto il rilascio, all' erede o ai vari eredi dovrà rivolgersi il legatario a titolo universale, posciachè sono eglino in possesso legale di tutta la successione — Che so non vi sia nè erede riservatario, nè legatario universale, nè alcun erede non riservatario, e la successione sia pertanto devoluta ai successori irregolari (figli naturali, coniugi superstite o lo Stato), ad essi incombe, se si sien fatti immettere in possesso (art. 724, 770, 773-615, 686), di fare il rilascio, stantechè essi detengono la successione; se da ultimo niun successore irregolare siasi fatto immettere in possesso, il legatario a titolo universale dee rivolgersi al magistrato per far nominare un curatore all' eredità giacente, e contro questo curatore indirizzerà la sua domanda.

121. Abbiam veduto sotto l' art. 1005 che soltanto dal giorno in cui il legatario a titolo universale domanda il rilascio o l' ottiene amichevolmente egli à dritto ai frutti.

1012. [966]. Il legatario a titolo universale sarà tenuto, come il legatario universale, de' debiti e pesi della successione del testatore, personalmente per la sua porzione ed ipotecariamente pel tutto (2).

122. Il legatario a titolo universale, prendendo parte ai beni considerati in massa e come universalità, ed essendo a carico di questa universalità i debiti, deve egli dunque contribuire al pagamento di questi.

La parte contributiva del legatario a titolo universale è ben facile a determinare nei legati della prima specie, ossia quando esso legatario prende una quarta parte di tutti i beni; egli deve sopportare la quota parte corrispondente dei debiti; se à il quarto o il terzo dei beni, pagherà il quarto o il terzo dei debiti — Negli altri legati a titolo universale, cioè quando il legatario prende tutti gl' immobili o tutti i mobili o una quota di quelli o di questi, convien calcolare qual frazione rappresenti per rispetto all' unità della successione l' oggetto del legato, e mettere a carico del legatario una frazione correlativa dei debiti. Così per esempio, se gli immobili formino il terzo della successione e il legato sia del terzo degl' immobili, il legatario prende il nono di tutti i beni e deve quindi pagare il nono de' debiti.

1013. [967]. Allorchè il testatore non avrà disposto che d' una quota della porzion disponibile e l'avrà fatto a titolo universale, il legatario sarà tenuto a soddisfare i legati particolari per contributo cogli eredi naturali (3).

123. Essendo i debiti un onere dell' insieme della successione, e il legatario a titolo universale non prendendo mai intera la successione, mai non deve la totalità dei debiti, ma solo una parte. Non così ne' legati particolari: talvolta non li deve che in parte, ma li deve talvolta in intero. I legati, a differenza dai debiti, debbo-

(1 2 e 3) Questi articoli sono identici ne' due Codici. *Il Trad.*

no prendersi in intero sulla disponibile, per modo che si debbono, non in proporzione di ciò che si prende nella totalità de' beni, ma in proporzione di ciò che si prende nella disponibile. Ondechè, se il legatario a titolo universale prende tutta la disponibile, se gli si è legato il quarto, il terzo, la metà, quando non v'era altro di disponibile che questo quarto, questo terzo o questa metà, egli soddisferà da solo tutti i legati particolari, e ciò quando anche tali legati dovessero esaurire il suo. Che se (ed è il caso del nostro articolo) non gli si è legata che una parte della disponibile, soddisferà quei legati particolari per una parte proporzionale, e il resto sarà a carico dell' erede a cui passa l' altra porzione della disponibile.

Sicchè, se una persona che à un solo figlio e la cui disponibile è quindi della metà, leghi a Pietro il quarto de' suoi beni (metà del disponibile), Pietro acquisterà la metà del legato particolare, e l'erede che conserva il secondo quarto disponibile ne pagherà l' altra metà; che se il testatore avesse legato a Paolo il secondo quarto disponibile, pagherebbe la seconda metà de' legati questo secondo legatario a titolo universale, e nulla avrebbe da pagar l' erede.

124. Questo principio che i legati particolari sono a carico dei legatari a titolo universale in ragion della frazione che questi prendono nella disponibile, subisce eccezione in un caso: quando avvi un legatario a titolo universale di una certa specie di beni e si tratta di legati particolari aventi a obbietto dei beni di questa medesima specie. Così quando il testatore à legato a Pietro tutti i suoi immobili e a Paolo la sua casa nella strada Vivienne, deve il solo Pietro sopportare il legato della casa, senza che l'erede debba in nulla contribuirvi, ancorchè il legato a titolo universale di tutti gl' immobili non equivalesse alla totalità della disponibile. È chiaro in fatti che il testatore in tal caso à fatto il legato particolare come una restrizione dell' altro e che nel suo concetto il legato a titolo universale significa: Pietro avrà tutti i miei immobili, eccetto la mia casa. Così ancora, se àvvi un legatario di tutti i mobili e il testatore à legato ad altri la sua biblioteca o la sua argenteria o uno dei suoi quattro cavalli ec., questi diversi legati saranno evidentemente a carico esclusivo del legatario di tutti i mobili.

125. Ma non è da ammettere col Duranton (IX — 218) che questo legatario d'un'intera classe di beni pagherebbe egli solo tutti i legati di beni della stessa classe, pur quando fossero fatti *in genere*, sol che la successione comprendesse de' beni della medesima specie. Così, allorchè il testatore à legata una somma di . . ., senza determinare altro, la circostanza che nella successione vi sia numerario sufficiente per soddisfare questo legato non è mica una ragione per metterlo tutto quanto a carico del legatario de' mobili. Egli è duopo, come insegnano benissimo Delvincourt, Toullier (v. 539) e Vazeille (n.° 3), che l'oggetto legato sia determinato se non *in ipso individuo*, come la tal nave, almeno come quello che è uno de' beni ereditari, siccome nel legato d' uno de' quattro cavalli. Onde il legato *del tale o tal mobile* sia una restrizione arrecata al legato generale di *tutti i mobili della successione*, fa mestieri che sia certo che il testatore à inteso parlare del tale o tale *de' mobili compresi in essa successione*. Vero è che potrà questa essere una quistione d' intenzione valutabile a norma delle circostanze; ma il principio del Duranton come principio è inesatto.

SEZIONE VI.

Dei legati particolari.

1014. [968]. Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal dì della morte del testatore, un dritto alla cosa legata, dritto trasmessibile a'suoi eredi o aventi causa (1).

Nondimeno il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti o interessi, se non dal dì della sua domanda di rilascio, formata secondo l' ordine stabilito dall'art. 1011, o dal dì in cui questo rilascio gli fosse stato volontariamente consentito.

126. Comunque questo articolo sia posto sotto la rubrica *dei legati particolari*, il suo primo comma si applica però ad ogni specie di legato, eziandio ai legati universali o a titolo universale, a differenza del secondo, unico obbietto del quale son veramente i legati particolari.

Il dritto che fa nascere il legato, sia universale sia a titolo universale, sia particolare, si apre il giorno stesso della morte del testatore, quando il legato è puro e semplice; se il legato fosse condizionale, il dritto si aprirebbe soltanto il dì dell' avveramento della condizione, come dichiara l' art. 1040 — 995. Si vede che la qualificazione di *puro e semplice* è presa qui *lato sensu* come sinonimo di *non condizionale*, e per abbracciare eziandio il legato a termine.

127. Il dritto che produce il legato e che il nostro comma qualifica *dritto alla cosa* sarà ora un semplice *jus ad rem*, ora un *jus in re*, secondo le circostanze. Così per esempio, quando il

(1) Questi articoli sono identici ne' due Codici. *Il Trad.*

legato à per obbietto una somma di danaro, è ben chiaro che il legatario non è immediatamente *jus in re*, ma un semplice credito, un *jus ad rem*, che non produrrà il dritto di proprietà se non mediante la tradizione del danaro: se all'opposto il legato à per obbietto uno o più corpi certi e determinati, il legatario ne sarà proprietario immediatamente. In tutti i casi e qualunque sia la natura del dritto generato dal legato, questo dritto, nel legato puro e semplice ossia non condizionale, apparterrà fin dalla morte del disponente al legatario, il quale può dallo stesso momento trasmetterlo sia con atto tra vivi gratuito od oneroso, sia con testamento, sia con successione intestata.

128. Il legatario particolare come il legatario a titolo universale, come il legatario universale, non investito del possesso, non può mettervisi da sè; gli è duopo farsi rilasciar le cose legate dalle persone di cui abbiam presentato il quadro sotto l'art. 1011 — 965 in parlando del legatario a titolo universale (quadro a cui vuolsi qui aggiungere questo stesso legatario a titolo universale, potendo anch'egli esser uno de' debitori o anche il solo debitore del legato particolare). Dal giorno del rilascio giudiziariamente domandato o volontariamente consentito, à dritto ai frutti o interessi della cosa il legatario particolare come il legatario a titolo universale (V. art. 1005 — 931). — La necessità pe' legatari di ottenere il rilascio è una delle regole fondamentali del sistema di successione testamentaria; è una legge d'ordine pubblico che segnatamente impedisce al legatario di venirsi ad impadronire per via di fatto del bene legato; onde non si può mai esserne esonerato. Quinci segue che la dispensa pronunziata dal testatore non sarebbe punto valida e che, se la cosa legata fosse nelle mani di un terzo, il legatario, comechè proprietario, non potrebbe rivendicarla prima di aver agito pel rilascio contro l'erede.

1015. [969]. Gl'interessi o frutti della cosa legata decorreranno a favore del legatario dal dì della morte e senza che egli abbia formata la sua dimanda giudiziaria (1).

1. Quando il testatore avrà manifestata espressamente la sua volontà a tal riguardo nel testamento.

2. Quando sarà stata legata una rendita vitalizia o una pensione a titolo d'alimenti.

SOMMARIO.

I. L'articolo indica due casi d'eccezione alla regola fermata pei frutti nell'art. precedente. Osservazioni su queste due eccezioni.

II. Avvi ancora eccezione, 3° quando il testatore à dichiarato di dispensare il legatario dal domandare il rilascio: 4° quando il legatario si trova, già prima della morte del disponente, in possesso della cosa legata.

I. — **129.** La legge ci presenta qui due eccezioni al principio che non attribuisce al legatario i frutti della cosa legata se non dal giorno del rilascio amichevolmente consentito o giudiziariamente domandato; e dichiara che nei due casi indicati il legatario avrà dritto ai frutti dal giorno stesso della morte del testatore.

La prima eccezione, applicabile a qualsivoglia oggetto legato, à luogo quando il testatore à dichiarato egli stesso di attribuire i frutti dal giorno della sua morte. Ma fa duopo innanzi tratto che questa volontà sia espressa, formale. Senza dubbio non è necessario che il testatore abbia precisamente detto: « Voglio che il mio legatario abbia i frutti dal dì della mia morte; » egli può emettere la sua volontà in termini quali che sieno; ma in fine è forza che questo pensiero sia espresso, e non si potrebbe indurre per presunzione da questa o quella circostanza. Bisogna inoltre che l'espressione di questa volontà si trovi nel testamento o almeno in un testamento (chè si comprende non esser necessario che stia nel medesimo testamento che contiene il legato): se fosse espressa in uno scritto che non presentasse i caratteri testamentari, rimarrebbe senza effetto. È chiaro, del resto, che, se questa dichiarazione fosse datata e sottoscritta dal testatore, costituirebbe per sè sola un testamento olografo; perocchè presenterebbe una disposizione di beni: di fermo gli è disporre d'una parte de' propri beni il legar de' frutti.

La seconda eccezione non s'applica che al legato d'una rendita vitalizia o d'una pensione ed à luogo quando questa rendita o questa pensione sarà legata a titolo d'alimenti. Come si vede, non è qui richiesto che sia espressa l'idea del testatore di far la sua liberalità come mezzo alimentario: basta che il fatto esista e, in caso di disaccordo, i tribunali ne assoderanno l'esistenza o l'inesistenza secondo la posizione del legatario e le altre circostanze della causa.

Sicchè dunque, ne' due casi del nostro articolo, il legatario, a qualunque epoca formi la sua domanda, od ancorchè più d'un anno dopo la morte (giacchè questo legatario, esempligrazia, si fosse trovato assente alla morte del testatore e non avesse conosciuta se non molto tardi la sua liberalità), avrà dritto dal giorno stesso della morte ai prodotti, interessi o frutti quali si vogliano dell'oggetto quale che sia nel primo caso; e nel secondo alle annualità della rendita o pensione (2).

(1) Questi due articoli sono identici ne' due Codici. *Il Tr.*

(2) La rendita, sia vitalizia, sia perpetua, è, come si sa,

II. — 130. I due casi d'eccezione indicati dal nostro articolo non sono i soli che convenga riconoscere; due altri se ne debbono aggiungere:

1° Sotto l'articolo precedente abbiam detto che la necessità pel legatario di domandare il rilascio è una regola d'ordine pubblico e che quindi non potrebbe il testatore dispensarla, neppure con una disposizione formale del testamento. Ma, se una simile clausola non può produrre tutto l'effetto che ne attendeva il testatore, perchè questo effetto compiuto contraria delle leggi, cui non è permesso derogare, nulla può impedire che produca l'effetto meno esteso cui le leggi autorizzano. Or dire che si dispensa un legatario dal farsi rilasciare l'oggetto legato, che gli si dà il dritto d'impadronirsene da sè e senza aver duopo d'avvertir chicchessia, quando vorrà e immediatamente dopo la morte, è ben dire che gli si conferisce per questo momento della morte il dritto più intero sulla cosa legata, e la proprietà e il godimento dell'oggetto; e, poichè la legge permette positivamente al testatore di dare al suo legatario l'immediato godimento a far tempo dalla morte, non vi à nè ragione nè pretesto per ricusarglielo in questo caso, il quale in sostanza rientra nel 1° del nostro articolo.

2.° Quando alla morte del testatore il legatario si trova già in possesso dell'oggetto legato, è chiaro non esservi luogo per lui d'andarne a domandare il rilascio all'erede o altro debitore del legato. Senza dubbio dovrà egli far regolarizzare la sua posizione rispetto a quest'ultimo e domandargli uno scritto che avrà per obbietto, non più di certificare (come negli altri casi), sibbene di sostituire il rilascio di fatto; ma, poichè fin dalla morte egli à insieme la proprietà e il possesso dell'oggetto, ei ci sembra evidente doverne egli raccogliere i frutti a far tempo da questo momento medesimo. Così per esempio, quando Pietro mi deve 10,000 fr. ed io gli lego questi 10,000 fr. ossia la liberazione del credito che ò contro di lui, è chiaro che dal momento stesso della mia morte egli non avrà più da pagare interessi per questo credito che la mia morte à estinto, e che non vi sarà più luogo ad attendere una domanda di rilascio perchè a lui appartengano i frutti de' 10,000 fr. legati. — Il Duranton (IX,272) tiene un'opposta sentenza; ma la nostra dottrina è quella della generalità degli autori antichi e moderni, i quali insegnano tutti che, se il legatario non può *mettersi* da sè in possesso, nulla impedisce ch'ei si mantenga nel possesso di cui già gode (1).

131. Noi dunque riconosciamo quattro casi in cui i frutti della cosa legata appartengono al legatario fin dalla morte: 1.° quando il testatore lo à spiegato; 2.° quando à legata una pensione o una rendita vitalizia a titolo d'alimenti, 3.° quando à dichiarato di dispensare il legatario dalla domanda di rilascio; 4. in fine quando à legata una cosa che già si trova nel possesso di fatto del legatario.

Circa all'opinione secondo la quale i frutti apparterrebbero egualmente al legatario dal giorno stesso della morte, semprechè l'oggetto legato fosse un usufrutto, l'abbiamo sufficientemente confutata sotto l'art. 604, e non accade che qui vi ritorniamo.

1016. [970]. Le spese della domanda di rilascio saranno a carico della successione, senza però che possa risultarne riduzione della riserva legale (2).

I dritti di registratura saran dovuti dal legatario.

Il tutto, se non sia stato altrimenti ordinato col testamento.

Ciascun legato potrà esser registrato separatamente, senza che questa registratura possa giovare ad alcun altro che al legatario od ai suoi aventi causa.

132. Le spese a cui può dar luogo il rilascio debbono esser sopportate dalla successione debitrice de' legati, giusta il principio di dritto comune che le spese del pagamento sono a carico del debitore, perchè sono un accessorio e una parte del suo debito (art. 1248-1201). Tuttavia non è così che qualora il valor cumu-

il dritto di raccogliere la prestazione periodica di certi valori in danaro o in derrate (art. 529—452, no III); prodotti o frutti della rendita chiamansi *annualità* (*arrérages*). Le annualità di una rendita non son punto la rendita, come i frutti annuali che mi dà l'usufrutto non son punto l'usufrutto: l'usufrutto è un *dritto*, una cosa incorporale, *ipsum jus utendi — fruendi;* la rendita è del pari un dritto di cui le annualità sono i frutti civili.

Si può dunque giudicare strana la nuova interpretazione che dà del nostro articolo il Coin-Delisle, combattendo tutti gli autori (n. 21 e 25). Secondo lui le annualità della rendita son dessa la rendita e i frutti della rendita sono gl'interessi che posson produrre le somme dovute per annualità scadute! A norma di questo singolar principio il legatario d'una rendita vitalizia (o d'una pensione) avrebbe sempre dritto alle annualità a partir dalla morte, ancorchè il suo legato non fosse a titolo d'alimenti, e quando è a titolo d'alimenti, avrebbe dritto, senza alcuna domanda, agl'interessi delle annualità scadute che non gli fossero pagate immediatamente.

Questa teorica non è mica più esatta di quella sulla quale lo stesso autore insegna (n. 3 e 4) che ogni legato puro e semplice produce pel legatario fin dalla morte del testatore *la proprietà* delle cose legate. Non comprendiamo in verità come si spieghi il Coin-Delisle che il legatario divenga proprietario fin dalla morte: quando il legato à per obbietto una somma di denaro, una cosa indeterminata, un genere, un fatto ec. Egli è bene evidente che il legato non produce, in questi diversi casi, che un dritto personale, un credito contro il debitore del legato.

(1) V. Pothier, cap. 5, sez. 2: Furgole, *Test.*, cap. 10: Merlin, *Rep.* v. *Legat*: Grenier, n.° 301; Toullier, V—541; Delvincourt: Proudhon; *Usufr.* n.° 386; Dalloz cap. 7: Poujol, art. 1006, n.° 8: Coin-Delisle n. 27.

(2) Questi articoli sono identici ne' due Codici. *Il Tr.*

lato delle spese di rilascio e del capitale dei legati non ecceda la quota disponibile; attesochè in effetti non tutta la successione, sibbene la sola disponibile deve i legati, e la riserva non può mai esser manomessa. — In quanto ai diritti di registratura, ossia di mutazione della proprietà, questi son sempre dovuti da colui che acquista la proprietà, epperò qui dal legatario. — Sennonchè il disponente può cambiare a sua posta l'una o l'altra regola, ordinando che le spese di rilascio sieno sopportate dal legatario, o che all'opposto paghi le spese di registratura la successione (nella sua parte disponibile, ben s' intende).

Il nostro articolo, per altro, apporta agli antichi principi, in quanto concerne le spese di mutazione, un cambiamento che era richiesto dall'equità. Un tempo quello fra più legatarii che volea far registrare, dovea far fare e pagare la registratura dell'intero testamento, salvo il suo regresso contro gli altri legatari; oggi può far fare pel suo legato soltanto una registratura parziale, la quale, ben inteso, non avrà effetto che per lui.

1017. [971]. Gli eredi del testatore o altri debitori d'un legato saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno in proporzione della parte di cui profitterà nella successione.

Eglino vi saran tenuti ipotecariamente pel tutto fino a concorrenza del valore degl' immobili della successione di cui saranno detentori (1).

SOMMARIO.

I. Tre azioni competono ai legatarii per far eseguire i loro legati: l' azione personale, la revindicazione e l' azione ipotecaria. Critica della teorica del Codice in quanto a quest' ultima.

II. Il pagamento de' legati non è mai dovuto *ultra vires bonorum*.

I. — **133.** Il legatario à, per isperimentare l'esecuzione del suo legato: 1° un'azione personale contro il debitore o i diversi debitori del legato, ossia contro i detentori a titolo universale della quota disponibile; 2. un'azione ipotecaria contro qualunque detentore d' un immobile della successione; 3. finalmente e, comunque il nostro articolo non ne parli punto, una azione reale di revindicazione, quando il legato riflette un corpo certo e determinato e conferisco così al legatario la proprietà o uno smembramento di essa.

L'azione personale fondata sull'obbligazione a cui si sottopongono i successori generali, accettando, sia la successione, sia il legato universale o a titolo universale, si divide, nel caso di più debitori del legato, in proporzione di ciò che ciascun di essi prende non precisamente nella successione, come dice il nostro articolo ma nella quota disponibile; chè su questa soltanto e non sull' insieme della successione, a differenza de' debiti, van pagati i legati (art. 1013-967, n. 1).

134. Circa all'azione ipotecaria, se il nostro articolo l'accorda *per la totalità del legato* contro ciascun detentore d'un immobile ereditario, gli è per una monca intelligenza del dritto romano e per una falsa applicazione della indivisibilità dell' ipoteca. E per fermo, che un legatario abbia di pieno dritto ipoteca su tutti gl' immobili della successione per guarentigia del suo legato, bene sta; ma è chiaro ch' egli non dovea aver quest' ipoteca se non ne' limiti di ciò che gli dee ciascun detentore. . . Sieno tre eredi, ciascuno per un terzo, e un legato di 12,000 fr.; ciascuno de'tre eredi, accettando la successione, divien debitore d' un terzo del legato di 4000 fr.; ma, se il legatario non è creditore di ciascuno erede che per 4000 fr. come dunque gli dato ipoteca contro di lui per 12000 fr. e può forse un'ipoteca esser più estesa del credito che garentisce?

Non vogliate paragonar questo caso di legato col caso di un debito che dal defunto fosse passato ai suoi eredi. Quando una persona, contro la quale io ò un credito di 12,000 fr. ipotecato su i suoi due immobili, muore lasciando tre eredi, ciascun de'quali prende uno di quegli immobili, è ben vero che io ò ipoteca su ciascun immobile pe' miei 12,000 fr., tuttochè l'erede del defunto non me ne debba personalmente che 4,000; ma ecco perchè... Io ò avuto dapprima un credito unico di 12,000 fr.; giacchè un sol debitore, un sol debito vi era. Questo debito della persona oggi morta è divenuto debito de'suoi immobili per l'ipoteca che mi è stata consentita su quelli, ed io allora ò avuto per debitori da un canto la persona, dall'altro gl'immobili; 12,000 fr. mi eran dovuti dagl' immobili; e, siccome il debito ipotecario è indivisibile, ciascuno de' tre immobili e ciascuna parte d'ognuno di essi mi doveano i 12,000 fr. Dunque quando la persona à cessato di esistere, il debito personale si è pur diviso per terzo parti fra i suoi tre rappresentanti, i quali soltanto per un terzo ciascuno continuavano la persona del loro autore; ma è rimaso intero contro i tre immobili ciascun de' quali mi dee pur sempre la totalità de' 12,000 fr. Tutto ciò è la conseguenza dell'art. **2114 — 2000** il quale dichiara che « l'ipoteca è indivisibile, che sussiste *in intero* su *tutti* gl' immobili che si sono obbligati, *su ciascuno* di tali immobili o *su ciascuna* porzione di essi; e che li segue (con questa natura indivisibile e che affetta ciascuna particella del bene) in qualunque mano passino. »

(1) Questi articoli sono identici ne' due Codici. *Il Tr.*

Or che vedete voi di simile pel vostro legato? Il legato non era punto dovuto innanzi la morte del testatore; il credito del legatario non è passato dal testatore ai suoi tre eredi, giacchè nulla dovea il testatore; è cominciato nella persona di questi eredi; è nato non unico ma triplice; vi sono stati fin dal primordio tre crediti di 4000 fr. l'uno. Ma se il vostro legatario a fronte di ciascun erede non à che un credito di 4,000 fr. il quale non è mai stato fin dall'origine altro che un credito di 4,000 fr., come dunque date voi al legatario contro questo erede un'ipoteca di 12,000 fr.? non vedete che per la parte che è senza credito la nostra ipoteca è un accessorio senza principale, un effetto senza causa, un assurdo! i nostri redattori àn creduto seguire qui il dritto romano; ma se, in cambio di contentarsi di quest'idea vaga che Giustiniano avea creato una ipoteca pe'legatari, avessero letto la costituzione di quell'imperatore, avrebbero veduto che l'ipoteca non era accordata contro ciascun debitore del suo legato che per la sua parte: *in tantum et hypothecaria (actione) unumquemque conveniri volumus, in quantum personali actio adversus eum competit* (Cod. l. 6. t. 43, in fine). — Del resto, il nostro articolo è formale e, per quanto sia poco logica la sua disposizione, è pur forza seguirla.

II. — 135. I due principî antecedentemente esposti, che, se l'erede deve i legati, non li deve già come continuatore della persona del defunto e che questi legati non son mai dovuti che sulla disponibile della successione, danno una facile soluzione a una quistione che è pur controversa, quella di sapere se l'erede puro e semplice sia tenuto pei legati *ultra vires bonorum*. La negativa pare a noi evidente.

Poichè i legati non posson prendersi che sulla disponibile, e i successori generali non li debbono se non ne'limiti della disponibile che detengono (art. 1009, 1013 — 935, 967), come volete voi che l'erede li debba ancora dopo che è esaurita l'intera successione?.. La qualità di erede puro e semplice è qui insignificante, e quegli che ne è rivestito, in quanto al pagamento de'legati, si trova sulla stessa linea dell'erede beneficiario e de'legatari universali o a titolo universale. La distinzione tra l'erede puro e semplice e gli altri successori generali non esiste che pe'debiti: l'erede puro e semplice, continuando la persona del defunto, trovasi dovere tutto ciò che dovea il defunto, e, se questi avea da pagare 100,000 fr., 100,000 fr. dovrà pagare anch'egli, senza che sia da tener conto dell'importanza de' beni che à potuto raccogliere; al contrario, siccome l'erede beneficiario e gli altri successori generali non continuano la persona, non sono personalmente obbligati; soltanto il bene che loro perviene e che è garenzia dei creditori del defunto li obbliga a pagare, in guisa che nulla più debbono quando stabiliscono che più non detengono alcun valore ereditario. Ecco perchè, quando trattasi del pagamento de'debiti, importa sapere se il successore sia o no un erede puro e semplice. — Ma, quando di legati si tratta, di cose che non si debbono per la continuazione della persona del defunto, giacchè il defunto non le dovea altrimenti, che monta allora che il successore continui o non continui la persona trapassata? E però notiamo che l'accettazione beneficiaria (che cancella il titolo di erede puro e semplice) è immaginata per garentir l'erede non contro il pagamento dei legati, sì, soltanto contro il pagamento dei debiti; « essa dà all'erede, dice l'art. 802 — 719, il vantaggio di non esser tenuto al pagamento *dei debiti* che fino a concorrenza del valore de'beni. » Ora, poichè l'erede puro e semplice è qui nella medesima posizione degli altri successori generali, e poichè ben si riconosce non esser costoro tenuti pe' legati *ultra vires*, non ne sarà dunque tenuto neppure il primo. E come mai si vorrebbe che la cosa andasse altrimenti? possonsi per avventura far liberalità col bene altrui? potea forse la legge permettervi di disporre della fortuna de' nostri eredi, essa che non vi permette sempre di disporre in intero della vostra propria fortuna?

136. Le obblezioni che si cerca fare a questa dottrina non son mica speciose. Per fermo si argomenta innanzi tratto dai diversi testi (art. 724-645 ed altri) i quali dichiarano che l'erede è tenuto a pagare i debiti *e pesi* della successione, e si pretende che la parola *pesi* aggiunta alla parola *debiti* s' applichi necessariamente a' legati. Ma primamente niuno articolo dice che l'erede puro e semplice pagherà i debiti e pesi *ultra vires*; e l'art. 802-719, il solo che indichi *a contrario* il pagamento *ultra vires bonorum*, non ne parla che pe' soli debiti. E poi la parola *pesi*, pur quando è aggiunta alla parola *debiti*, non sembra adoperata con un senso ben determinato e diverso dall'altra; così, quando l'art. 1009-935 dichiara il legatario universale che concorra con un erede riservatario tenuto a pagare i *debiti e pesi* per la sua parte, è chiaro che non intende punto accennare ai legati; postochè è la parte susseguente dell' art. che lo dichiara obbligato a pagare egli solo questi legati; e del pari, quando l'art. 1012-966 dichiara il legatario a titolo universale tenuto pei *debiti e pesi*, neppur comprende i legati, dei quali viene ad occuparsi il seguente articolo 1013-967. Sicchè dunque le espressioni *debiti e pesi* trovansi messe per ridondanza ad indicare i debiti di ogni sorta. — Si allega eziandio l'art. 783-700, e si dice che,

se la scoverta de' legati che tolgano all'erede più della metà dei beni, gli permette di farsi restituire contro la sua accettazione, gli è senza dubbio perchè egli sarebbe obbligato sempre e assolutamente a pagar siffatti legati, ancorchè non gli bastassero per farlo i beni ereditari. Ma è sufficiente riportarsi alla spiegazione che abbiam data di questo art. 783 per comprendere che una tal supposizione non è onninamente necessaria.

1018. [972]. La cosa legata sarà rilasciata cogli accessori necessari e nello stato in cui si troverà il dì della morte del testatore (1).

137. In questo articolo non si ragiona che del legato di corpi certi e determinati.

Quando si dona un oggetto, s' intende comprendere nella liberalità tutto ciò, senza di cui l'oggetto non adempirebbe alla sua destinazione. Così, quando mi si è legata una spada, l'erede (od ogni altro debitore del legato) dee darmi eziandio il fodero, che è necessario per portarla; il legato d' un quadro comprende la sua cornice, se ne abbia, quello d' un orologio a pendolo abbraccia la base e il globo. Quando mi si è legato un ettaro di terra, che si trovi in mezzo a un campo del testatore e non abbia comunicazione con la via pubblica, l'erede mi dovrà il passaggio a traverso il campo per andar fino a quello, e ciò non in virtù dell' art. 682-603 e a titolo di servitù legale, ma a titolo di legato, come cosa accessoria compresa nella liberalità del defunto, e quindi senza indennità.

La cosa legata, dice l' articolo, è dovuta al legatario nello stato in cui si trova al dì della morte del testatore. Ma questa proposizione non è qui messa in un senso assoluto e per alludere ai cambiamenti posteriori alla morte come a' cambiamenti anteriori; di questi ultimi unicamente si tratta. Pertanto, quali che sieno i cambiamenti anteriori alla morte e se nell'intervallo dalla confezione del testamento al dì della morte l' oggetto del legato siasi deteriorato o migliorato, ne profitterà o ne soffrirà pur sempre il legatario, essendogli la cosa dovuta nello stato in cui sarà al tempo della morte. Ma la proposizione non s' applica più pe' cambiamenti che sopravvengono fra la morte e il rilascio. Onde che l' oggetto, per caso fortuito e senza verun fatto dell'erede, si trovi gravemente deteriorato dopo la morte, e perda metà del suo valore, è certo che il legatario non potrà esigere che gli sia consegnato nello stato in cui era alla morte o che gli si dia un'indennità; giacchè l'art. 1245-1198 dichiara che il debitore di un corpo certo si libera, consegnando la cosa nello stato in cui si trova al momento del rilascio, purchè le deteriorazioni non vengano dal fatto suo, e l' articolo 1042-997 dice in forza dello stesso principio che il legato è caduco, se la cosa perisce dopo la morte del testatore senza il fatto dall' erede. D'altra banda è evidente che gli accrescimenti e le migliorie che la cosa avesse potuto ricevere dopo la morte del testatore per cause fortuite, al legatario egualmente apparterrebbero. A partir dalla morte è proprietario della cosa il legatario; per lui dunque quella si migliora, si deteriora o perisce. — Tutto ciò torna a dire che il legatario dovrà prender la cosa nello stato in cui è *il giorno del rilascio*, purchè questo stato non proveuga da un fatto dell' erede posteriore alla morte. (V. la spiegazione dell' art. 1042).

1019. [973]. Allorchè quegli che à legata la proprietà d' un immobile l'à poscia aumentata mercè degli acquisti, siffatti acquisti, ancorchè contigui, non saranno reputati far parte del legato, senza una nuova disposizione (2).

Sarà altrimenti pe' nuovi stabilimenti o costruzioni fatte sul fondo legato, o per un recinto di cui il testatore avrà ampliato il circuito.

SOMMARIO.

I. Questo articolo non è che un' applicazione del precedente: ci spiega in quali casi gli aumenti arrecati a un immobile s' identificheranno con esso e costituiranno soltanto un cambiamento di stato; in quali casi formeranno un immobile distinto da quello.
II. Che deve intendersi per *nuove costruzioni nel secondo* comma.

I. — **138.** Si è veduto dall'articolo precedente che il bene legato dev' esser consegnato al legatario nello stato in cui si trova alla morte del testatore; e che per conseguenza volgono a beneficio del legatario le migliorie o gli aumenti che il bene à ricevuti nell'intervallo dalla confezione del testamento alla morte del testatore. Così gli abbellimenti che si son fatti sopra un terreno o un edifizio, le piantagioni operate su un fondo, gli aumenti di costruzione che sonosi aggiunti a una casa o ad altri edifizi fanno evidentemente parte del legato: non era possibile il dubbio in questo caso ed in altri simili, essendo evidente che son sempre lo stesso fondo e lo stesso edifizio, aumentati, migliorati o abbelliti e che il legatario prende nello stato in cui sono alla morte.

Ma non era così semplice il caso nell' ipotesi di nuovi immobili acquistati accanto a quelli che erausi legati e riuniti ad essi. Conveniva allo-

(1 e 2) Questi articoli sono identici ne' due Codici. *Il Trad.*

ra considerare il nuovo acquisto come una dipendenza e un accessorio dell'immobile legato e dire che il tutto, non essendo che l'antico immobile aumentato, apparterrebbe per intero al legatario nello stato in cui si trovasse; ovvero bisognava dire che l'oggetto legato e il bene acquistato formassero due immobili e che, essendo legato un solo di essi, questo solo aver potrebbe il legatario?

I nostri antichi autori non eran concordi su questo punto. Il Codice à troncato la disputa dichiarando che ogni immobile posteriormente acquistato, fosse pur contiguo all'immobile legato e senza distinguere qual ne sia l'importanza relativa, sarà sempre considerato come un secondo immobile, il quale pertanto non si trova compreso nel legato, salvo si tratti di un recinto di cui il testatore abbia ampliato il circuito; chè allora, sia che il testatore fosse già proprietario di ciò che à aggiunto o che l'avesse acquistato dopo fatto il testamento, e sia che si tratti di un fondo rustico o di un fondo urbano, tosto che il tutto è circondato da una medesima chiusura (qualunque essa sia), non àvvi che un solo immobile sul quale tutto quanto cade il legato.

II. — 139. Egli è un punto controverso quello di sapere, ciò che s'abbia a intendere per le *nuove costruzioni* di cui parla il nostro secondo comma. Il Toullier sembra pensare (V. 531) e il Coin Delisle insegna formalmente (n. 10) trattarsi di qualsivoglia costruzione eziandio fatta su un terreno precedentemente nudo, e che l'epiteto *nuove* significa *posteriore al testamento*. Noi pensiamo al contrario con Dellaporte, Vazeille (n. 5.) e Poujol (n. 4) che si tratti di costruzione aggiunte a edifizi preesistenti o sostituite a edifizi antichi: 1.° perchè l'espressione *nuove costruzioni fatte su un fondo* già suppone delle costruzioni anteriori fatte sullo stesso fondo; 2. perchè il comma non si occupa che di semplici migliorio o aumenti dell'immobile, e quest'ordine d'idee abbraccia perfettamente l'ipotesi di riparazioni, d'incrementi o di ricostruzioni d'edifizi laddove non può comprendere il caso di costruzioni primitive sopra un terreno che mai non ne avesse avute; 3. in fine perchè, come diremo sotto l'art. 1042, la costruzione d'un edifizio sul terreno che prima era un giardino, per esempio, o un prato, opererebbe giuridicamente parlando, la distruzione del giardino o del prato, e quindi porterebbe la caducità del legato che si era fatto del prato o del giardino, di guisa che il legatario lungi dal poter aggiungere la costruzione al terreno primitivamente legato, non conserverebbe neppure esso terreno. Ben vero noi qui supponiamo una costruzione al terreno primitivamente legato, non conserverebbe neppure esso terreno. Ben vero noi qui supponiamo una costruzione considerevole e che covrisse la totalità o la maggior parte del terreno legato; chè, se la costruzione à poca importanza, se è un padiglione costrutto in un giardino, in un prato o in un bosco, un granaio posto su un pezzo di terra seminatorio la costruzione, lungi dall'assorbire il giardino, il prato, il bosco ec. non è più che l'accessorio di quello e rientra nel caso di abbellimento o di migliorie; lungi dal togliere il terreno al legatario, gli appartiene anch'essa una al terreno.

1020. [974]. Se prima del testamento o dopo, la cosa legata è stata ipotecata per un debito della successione, o anche pel debito di un terzo, o se è gravata di un usufrutto, quegli che dee pagare il legato non è tenuto a liberarla, salvo sia stato incaricato di farlo con un'espressa disposizione del testatore (1).

140. Questo articolo al pari del precedente continua a far l'applicazione del principio fermato dall'art. 1018-972, che l'oggetto legato appartiene al legatario nello stato in cui si trova il dì della morte del testatore, non già nello stato in cui era alla confezione del testamento. Onde, quando l'immobile legato si trova colpito da un'ipoteca o gravato d'un usufrutto, il nostro articolo senza distinguere come il dritto romano e il nostro antico dritto, se l'onere sia anteriore o posteriore alla confezione, se l'ipoteca garentisca un debito ereditario o il debito di un terzo, decide assolutamente, che, sol perchè l'ipoteca o l'usufrutto esistono sull'immobile al momento della morte, il legatario obbligato a prendere il bene nello stato in cui allora si trova, non può esigere che l'erede estingua l'ipoteca o riscatti l'usufrutto. — Beninteso, potrebbe il testatore imporre questa obbligazione al suo erede; ma si richiederebbe una particolare disposizione.

Del rimanente, dal non esser tenuto l'erede a saldare il debito ipotecario prima di rilasciar

(1) All'art. 1020. C. Nap. risponde l'art. 974 LL. CC., nel quale trovasi un secondo comma, che è l'equivalente dell'art. 874 C. Napol. sotto dal titolo delle *successioni*, ove non era a suo luogo, siccome abbiamo detto nella nostra nota su quell'articolo. Esso comma è così concepito: « Ma, se per effetto dell'azione ipotecaria, il legatario sarà obbligato a pagare il debito, di cui era gravato il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale, lo stesso avrà luogo parimenti, a favore del legatario particolare in usufrutto il quale, se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato avrà lo stesso regresso contro l'erede proprietario del fondo, nel modo spiegato nell'art. 537. » *Il Trad.*

l'immobile, non dovrebbe inferirsene che il legatario sia obbligato a pagare il debito. L'art. 871-792 ci à detto e l' art. 1024 979 ci ripeterà che il legatario particolare non è mai tenuto ai debiti; e noi sappiamo che, se per effetto dell'ipoteca egli ne pagasse uno, avrebbe il regresso contro l'erede o gli altri successori generali (art. 874—T.). Sicchè sarà pur tenuto il legatario in forza del nostro articolo a lasciar sussistere l'ipoteca fino alla scadenza del debito; ma l'erede riman sempre tenuto a pagare, sia il capitale, sia gl' interessi di esso debito.

1021. [975]. Allorchè il testatore avrà legata la cosa altrui, il legato sarà nullo, sia che il testatore abbia conosciuto o no che essa punto non gli apparteneva (1).

SOMMARIO.

I. Il legato della cosa altrui valido prima del Codice civile, è dichiarato nullo dal nostro articolo. -- Conseguenza di questo nuovo principio.
II. Quid se il proprietario di un bene indiviso à legato tutto o parte di questo bene.
III. Critica delle dottrine del Coin-Delisle e del Duranton su questo punto.

I. — 141. Nel dritto romano, in ciò seguito dalla nostra antica giurisprudenza, il legato che un testatore faceva d' una cosa appartenente ad altrui era valido, purchè egli avesse saputo che quella cosa non era sua; era nullo soltanto quando egli l'avesse creduta sua, eppure era mestieri che il proprietario di questa cosa non fosse altrimenti l'erede del testatore; chè, se a questo erede la cosa apparteneva, il legato era valido ancorchè il testatore l'avesse legata come sua. Beninteso il legato che il testatore faceva scientemente di una cosa che apparteneva a un terzo non trasferiva punto al legatario la proprietà di questa cosa; solo gli dava un' azione personale per costringer l'erede ad acquistar l' oggetto per poi consegnarglielo, ovvero a pagargliene la stima, se il proprietario non consentiva ad alienarlo.

Il nostro Codice è venuto ad abolire queste diverse regole e a dichiarare in un modo assoluto che il legato della cosa altrui sarà sempre nullo. Ma questo cambiamento non à mica quegli esteai risultati che a primo aguardo potrebbe credersi.—E innanzi tratto, quando io lego 10,000 fr. o due cavalli, è chiaro che il legato sarà valido, comunque non vi sieno nella mia successione nè cavalli nè danari: parlando delle cose altrui, il nostro Codice, come l'antico dritto, come il dritto romano, non intende già quegli oggetti che sono nel commercio generale delle cose, ma soltanto i corpi certi e determinati. — Ora se il testatore, legando il tal cavallo o la tal cosa che egli sa non appartenergli, à avuto cura di spiegare il suo pensiere, dicendo: « Voglio che il mio erede acquisti questo oggetto e lo dia a Pietro o, se non potrà acquistarlo, che ne paghi a Pietro il valore, » è chiaro che il legato sarà valido. E valido sarebbe egualmente, ancorchè il testatore, incaricando l' erede di acquistar la cosa, non gl' imponesse punto l' obbligazione sussidiaria di pagarne il valore, qualora non l' ottenesse; vero è che allora il rifiuto del proprietario di alienar la sua cosa sarebbe d' ostacolo all' esecuzione del legato; ma, se questo proprietario consentisse ad alienarla, il legato avrebbe il suo effetto. — Rimane da ultimo il caso in cui il testatore avesse legata la cosa altrui direttamente; e laddove precedentemente il legato era valido 1.° se il testatore sapeva che la cosa non gli apparteneva, e 2.° se la cosa, quando anche ei la credesse sua, apparteneva al suo erede; sotto il Codice al contrario, saravvi sempre nullità, sol perchè vi sia legato diretto d'una cosa appartenente ad altrui; postochè il nostro articolo punto non distingue.

Sicchè i casi ne' quali il nuovo principio del Codice cambia l' antico dritto e rende nullo il legato, valido un tempo, si riducono a tre: 1° quando il testatore lega direttamente una cosa che non appartiene nè a lui nè al suo erede e che egli sa non esser sua; 2° quando egli lega direttamente la cosa del suo erede, o la creda o non la creda sua; 3° quando in luogo di legar la cosa d' un terzo direttamente, incarica soltanto il suo erede di acquistarla per rimetterla al legatario, ma il proprietario non vuole alienarla. Circa al caso in cui il testatore avesse legata la cosa di un terzo direttamente credendola sua, abbiam già detto che il legato era nullo un tempo come sarebbe oggi, talchè non avvi mutazione su questo punto.

II. — 142. Qual sarebbe, secondo la nuova regola del Codice, l' effetto del legato con cui il testatore disponesse di un bene nel quale egli non à che una parte indivisa? Così Tizio è condomino per metà col fratello Sempronio di un podere proveniente dalla successione di uno zio, successione non ancora divisa, e di questo podere fa l' oggetto d' un legato: quali saranno i dritti del legatario?.. Bisogna primamente ricercare, giusta i termini del testamento, quale è stato il pensiero di Sempronio e vedere se egli à inteso legare; 1° sia il podere, sia il terzo, la metà, i tre quarti o qualunque altra frazione *divisa* di questo podere; o solamente e 2.° la *parte indivisa* che aveva attualmente in esso.

1° Supponiamo in prima che il testatore ab-

(1) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

bia legato o il *podere* intero ovvero, una frazione *divisa* del podere.

Quando si è voluto legare intero il podere, è impossibile determinar il valor del legato immediatamente; chè gli effetti dipendono da un evento ulteriore che fisserà retroattivamente l'estensione della disposizione, I risultati saranno differentissimi secondo che il bene venga diviso tra i condomini o i loro eredi o alienato a favor d'un terzo. — Se il podere esce dall'indivisione per un'alienazione fatta a favor d'un terzo, ciascuno de'due fratelli sarà sempre stato, dall'apertura della successione dello zio fino all'alienazione del podere, proprietario (per indiviso, ma che monta?) della metà del podere; in guisa che il legato fatto da Tizio è stato valido per la metà che gli apparteneva. Senonchè, se l'alienazione à avuto luogo prima della morte di Tizio, il legato, valido nell'origine, si è trovato rivocato e non produrrà verun effetto (art. 1038 -- 993). Che se l'alienazione è stata fatta dopo la morte del testatore, il legato è rimasto valido, il legatario è divenuto per la morte del testatore proprietario della metà indivisa che a quello apparteneva, e à dritto, dopo l'alienazione, alla metà del prezzo.

Secondo un altro principio convien decidere quando la sospensione cessa per una divisione o altro atto equivalente che attribuisca il bene ad uno o più de'condomini... Si sa che fra noi, contrariamente al dritto romano, la divisione è semplicemente dichiarativa della proprietà; per modo che ciascun de'condomini, dopo la divisione o l'atto che ne fa le veci, trovasi legalmente aver avuto *ab initio* nel bene precedentemente indiviso ciò che gliene dà la divisione, nè più nè meno (art. 883—803, u. I, e II). Dunque, se la divisione fa cadere l'intero podere nella quota di Sempronio, il testatore non sarà mai stato proprietario di veruna parte, avrà legata la cosa altrui e il legato sarà interamente nullo; se la metà del podere cade nella quota di Tizio o dei suoi rappresentanti, il legato varrà per questa metà; se in fine l'intero podere viene nella quota del testatore, il legato sarà valido pel tutto.

Se, in cambio di legar l'immobile tutto quanto, Tizio ne avesse legato il terzo, il quarto o altra frazione, il legato sarebbe pur sempre nullo o valido secondo le predette distinzioni, salvo, beninteso, che mai non potrebbe valere se non per la frazione legata, ancorchè il podere cadesse intero nella quota del testatore o del suo erede.

2° Allorchè il testatore à preso per oggetto del suo legato, non il podere nè la tal frazione divisa del podere, ma la parte indivisa (nella nostra specie la metà) che attualmente gli appartiene su quello, i risultati non saran sempre quelli che abbiamo indicati. — Se l'indivisione è cessata vivente il testatore e questi morendo lascia nel suo patrimonio la metà del bene o più, la metà ancora indivisa che è stata legata ritrovandosi nella porzione divisa scaduta al testatore, il legatario la prenderà parimenti. Se il testatore morendo non à più questa metà, il legato sarà nullo, sia pel tutto, se nulla à dato al testatore la divisione, sia per parte, s'egli à avuto meno della metà; e sarebbe nullo egualmente, ove il testatore, dopo raccolto tutto o parte del podere, avesse alienato ciò che gli era scaduto o avesse venduto la sua parte ancora indivisa; per fermo che per questi vari casi il risultato sarebbe sempre lo stesso che nell'ipotesi suddetta. — Ma, se il testatore muore avendo tuttavia la metà indivisa del bene, il risultato suindicato per questa ipotesi non avrebbe più luogo. Si è veduto di sopra come in questo caso, se il testatore avesse legato il podere o la tal parte (divisa) di questo podere, dall'effetto posteriore della divisione sarebbero determinati gli effetti del legato. Qui per contra la metà indivisa che lascia il defunto essendo precisamente l'oggetto legato, apparterrà dunque al legatario come apparteneva al testatore, e questo legatario otterrà quindi o la metà divisa del bene, se àvvi divisione del podere, o il prezzo di questa metà, se il podere è attribuito per intero a un altro.

III. — 143. Ad ogni modo non tutti sono d'accordo sulle soluzioni che noi qui presentiamo. Così il Duranton (IX — 248) e il Coin-Delisle (n° 12) insegnano che, se il bene, pur quando sia stato legato per intero, sia ancora indiviso alla morte del testatore, il legatario, in luogo d'essere allora esposto all'eventualità della divisione, il cui risultato determinerebbe l'effetto del legato, trovasi immediatamente proprietario della porzione indivisa quale l'aveva il testatore; sicchè avrà invariabilmente o questa porzione medesima, se la divisione pone il bene nella quota degli eredi del testatore, ovvero nel caso contrario il prezzo di questa porzione, senza che egli possa mai nè ottenere la totalità nè vedersi ridotto a nulla. Val dire che essi decidono, eziandio pel caso in cui si è legato il podere tutto quanto, ciò che noi decidiamo pel caso nel quale il testatore à solamente legata la sua parte indivisa in questo podere.

Il Coin-Delisle fonda la sua decisione su questa regola dell'art. 1018 — 972, che la cosa legata appartiene al legatario nello stato in cui è alla morte del testatore... Ma, prima di ricercare in quale stato debba il legatario prender la cosa legata, vuolsi vedere se la cosa à potuto esser legata. Or la cosa legata nella nostra specie non è già *la parte indivisa* nel podere; è il *podere* medesimo; prima di vedere in quale stato prendeva questo podere il legatario, bisogna

vedere se à dritto di prenderlo, se il legato è valido; ora il legato è nullo secondo il nostro art. 1021 — 975, se il testatore non era proprietario del podere quando scrisse il legato. Era il testatore proprietario del podere? ecco la prima quistione da risolvere; or l'art. 883—803 dichiara che dal risultato della divisione si saprà se il testatore era o no proprietario... Il Coin-Delisle secondo noi non à tampoco intravveduta la difficoltà.

143. *bis.* Il Duranton almeno si accosta alla quistione, quando dice che il principio dell'art. 883 — 803 non s'applica punto alla nostra materia, ma sarebbe stato mestieri stabilire questa proposizione, ed egli punto nol fa. Il dotto professore dice che la regola dell' art. 883 — 803 non à forza se non pe' condomini fra loro, e che se chiunque altro, che non fosse un dei condomini acquistasse il bene indiviso, non si presumerebbe averlo avuto *ab initio*, fin dalla apertura della successione (*ivi* v. T. VII—520). Ciò è verissimo; ma noi non veggiamo per avventura in che contraddica alla nostra teorica. Noi diciamo che, se Tizio o gli eredi di Tizio, *che è uno de' condomini*, riceve per effetto della divisione l' intero podere, ne sarà stato solo proprietario *ab initio* secondo l' art. 883 —803 e che per conseguenza il legato ch' egli avrà fatto di esso podere sarà valido; che, se al contrario il podere cada nella quota di Sempronio, *che è l' altro condomino*, Tizio si troverà non essere stato mai proprietario del podere, ed avrà quindi legata la cosa altrui. Onde fra condomini soltanto noi applichiamo il principio dell' art. 883 — 803; e noi stesso abbiam cominciato dal dire che se il bene legato (in cambio di restare, per effetto d' una divisione o d' un atto equivalente ad uno o più di questi condomini) passasse a un estraneo, non vi sarebbe più applicazione possibile dell' art. 883. — Il Duranton s'appoggia in fine sul motivo che nel dritto romano, il legato fatto dal proprietario per indiviso non valeva mai che per la parte che aveva il testatore alla confezione, comunque egli avesse detto: « Lego *il mio fondo*, » e il fondo intero fosse poscia a lui scaduto..... Ma dimentica il Duranton che a Roma la divisione era relativa di proprietà invece d'essere dichiarativa come oggi è per l' art. 883-803. Se fra noi la divisione fosse traslativa di proprietà, il testatore proprietario per metà e a cui la divisione avesse *trasferita* e fatta *acquistare* la seconda metà non legherebbe tampoco questa seconda metà senza una nuova disposizione; chè l' art. 1019 lo dichiara nel modo più positivo. Ma, essendo oggi la divisione semplicemente enunciativa, e il proprietario che ottiene il bene intero essendo stato *ab initio* solo e unico proprietario di tutto questo bene, egli à dunque potuto legarlo in intero validamente; e all' inversa, il suo legato è nullo per il tutto, se, non attribuendogli la divisione veruna parte del bene, egli si trovi legalmente parlando, non esser mai stato proprietario.

Si vede del resto da quanto precede come importi per un testatore in simili circostanze d'esprimere la sua volontà chiaramente e col necessario sviluppo.

1022. [977]. Allorchè il legato sarà di una cosa indeterminata, l'erede non sarà obbligato di darla della miglior qualità, ma nè potrà offrirla della peggiore (1).

144. Questo articolo presenta, implicitamente e senza esprimerla, una prima regola che si allontana dai principi romani; cioè che, quando il testatore à legato una cosa che non è determinata nella sua individualità, ma solo nella sua specie, come un cavallo, una botte di vino, una casa ec. la scelta della cosa da darsi al legatario appartiene all' erede, purchè, ben vero il testatore non l' abbia donata espressamente all'erede. A Roma era tutto al contrario. *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatari est nisi aliud testator dixerit* (*Just.* I., 2, T. 20, § 22).

Accordando la scelta all'erede, il nostro articolo la limita e dichiara che questo erede non sarà tenuto a dare quel che è di meglio, ma che neppure potrà offrire ciò che v' è di peggio; dovrà dare una cosa di qualità media, salvo ancora che il testatore abbia espressamente accordato all' erede una scelta assoluta e che gli permetta di dare una cosa della peggior qualità.

Se il testatore reciprocamente à derogato al nostro articolo in favor del legatario, concedendogli la scelta che, di dritto comune appartiene all' erede, è chiaro che questo legatario potrà esigere una cosa della miglior qualità.

1023. [978]. Il legato fatto al creditore non si presumerà fatto in compensazione del suo credito; nè il legato fatto a un

(1) All' art. 975 LL. CC. fa seguito il 976, che è nuovo nelle nostre *Leggi Civili*, ed è così concepito: « Quando il testatore abbia accordata la scelta (del legato) sia all' erede, sia al legatario, questo dritto si tramanda all' erede. Fatta la scelta, non vi sarà luogo a pentimento. » Questa disposizione è desunta dal § 23 *Inst.*, *de legatis.* — L' art. 977, che corrisponde al 1022 C. Nap., non presenta altra differenza che l' aggiunta della clausola: *senza dritto di scelta* alle parole; *quando il legato sia di una cosa indeterminata*, il che è più che altro una spiegazione, attesochè la scelta appartiene all' erede, sempre che il testatore non l' abbia concessa al legatario. *Il Trad.*

domestico, in compensazione del suo salario (1).

145. Essendo il legato una liberalità, non è da credere di leggieri che il debitore il quale lega una somma al suo creditore abbia inteso non conferirgli che un nuovo titolo per ottenere quel che già gli era dovuto; il legato non si presumerà fatto in compensazione del credito. Così, quando io debbo a Pietro 1, 000 fr. e gli lego 1, 000 o 500 o 1500 fr., Pietro raccoglierà il legato e rimarrà tuttavia creditore dei 1,000 fr. che precedentemente gli eran dovuti. Questa prima parte dell'articolo abbraccia la seconda, la quale non è che un'applicazione della regola; essendo evidente che un domestico è creditore del salario dovutogli: questa seconda parte dell' articolo dovea forsi via come inutile.

Ma se il legato non è *presunto* compensatorio, può benissimo esserlo in realtà; se la compensazione non dee *presumersi*, può benissimo esser provata coi termini del testamento. Onde è chiaro che il legato è semplicemente compensatorio quando il testatore à detto : « Lego a Pietro i 1,000 fr. che gli debbo. » — In caso di contestazione sul valore de'termini adoperati, è chiaro che in questo come in ogni altro caso, spetterebbe ai tribunali d'interpretar l'atto e di giudicare in fatto, se il testatore abbia o no inteso fare una compensazione.

1024. [979]. Il legatario a titolo particolare non sarà tenuto pe' debiti della successione, salvo la riduzione del legato come è detto di sopra, e salvo l'azione ipotecaria de' creditori (2).

146. Già sapevamo che il legatario particolare non è mai tenuto pe'debiti ereditari; e che, se si trova astretto a pagare un debito ipotecario, à il regresso contro gli eredi o altri successori generali (art. 871 a 874-792 a 794). Ma sappiamo altresì che, se il complesso de' legati ecceda la quota disponibile, debbono esser tutti ridotti proporzionalmente (art. 926-843); il chè non à nulla a che fare col pagamento de'debiti, e in verità non si scorge perchè il legislatore abbia qui rammentato il principio della riduzione. Forse lo à fatto con questa veduta che l' aumento de' debiti, diminuendo l'attivo, diminuisce così il disponibile e può quindi produrre la riduzione di legati che, senza questi debiti, avrebbero avuto pieno effetto. Sia che vuoisi, la presenza di debiti considerevoli può evidentemente cagionare la diminuzione o anche l'annullamento de' legati eziandio nel caso in cui tutto l' attivo sia disponibile e non v' abbia riserva. E gli è aperto in fatti che, se due o tre legati si elevino a 40, 000 fr. e l'eccedente dell' attivo sul passivo non sia che di 20,000 fr. ciascun legato dovrà esser ridotto della metà; che se il passivo uguagliasse o eccedesse l'attivo, è manifesto che tutti i legati sarebbero nulli, come quelli che facesse una persona che nulla possedesse: e di fermo aver più debiti che beni si è non aver punto beni, attesochè *non sunt bona nisi deducto aere alieno.*

Del rimanente, quando si dice che il legatario particolare non è tenuto pei debiti, s'intende di un'obbligazione di contribuire in ragion dell' importanza del suo legato alla massa de' debiti ipotecarii, non già dell'obbligazione di soddisfare i debiti che si trovassero specialmente messi a carico di lui, sia per un'espressa disposizione del testatore, sia per la natura medesima della disposizione. Così quando io lego a Pietro il mio podere di Normandia, a condizione che egli paghi al colono che l' occupa, 3,000 fr. che io gli debbo, è chiaro che Pietro dovrà pagare questo debito. Così ancora, se io ò legato a Paolo la successione scadutami per la morte di mio zio, è ben certo che Paolo prendendo tutti i beni di questa successione, dovrà eziandio pagarne i debiti, chè la successione e il complesso dei beni e de' debiti, è l'attivo meno il passivo; e precisamente questo complesso fa l' obbietto del legato: se dunque sonovi 40,000 fr. di beni e 10,000 fr. di debiti, il legato di Paolo non è in sostanza che di 30,000 fr. Sarebbe altrimenti, se io avessi legato non più la *successione* di mio zio ma i *beni* che mi vengono da mio zio : il legatario prenderebbe allora questi beni senza pagare verun debito.

SEZIONE VII.

Degli esecutori testamentari.

1025. [980]. Il testatore potrà nominare uno o più esecutori testamentari (3).

147. L'esecutore testamentario è un mandatario che il testatore designa per vegliare dopo la sua morte all'esecuzione del legato. Vero è che l'articolo 2003-1875 dichiara che il mandato finisce con la morte del mandante, là dove qui la morte del mandante appunto lo fa cominciare; ma ciò si spiega con questa idea che essendo l' uffizio di esecutore testamentario il solo mandato che dar si possa per dopo la morte, e non avendo siffatto uffizio ricevuto il nome di *mandato* nel Codice, l'art. 2003-1875, nel definire il mandato à potuto non tener conto di questo, che è d'una specie tutta particolare. Ma non lascia d'essere evidente che l'ese-

(1 2 a 3) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

cutore testamentario è il mandatario del testatore, e non mica degli eredi o de' legatari, come malamente dice il Vazeille (num. 1). Il testatore in fatti è quegli che conferisce ad esso funzionario i poteri onde trovasi rivestito, in nome di lui egli agisce, lui rappresenta in ciò che riguarda l'esecuzione dei legati.

L'esecutore testamentario non può esser nominato che per testamento, ciò si rende aperto dal posto che la nostra sezione occupa nel Codice. E per fermo, il conferimento dei dritti di esecutor testamentario lede i dritti dell'erede intestato, dacchè gli toglie su un punto la rappresentazione del defunto; ora una modificazione quaisivoglia ai dritti d'una successione legittima non può farsi che con atto testamentario.

Il testatore può, come si vede dal nostro articolo, nominare più esecutori testamentari o nominarne un solo; e quando ne eleggo più, può conferire a ciascuno funzioni speciali e distinte ovvero dare a tutti dei dritti identici (articolo 1033-988).—Il testatore, per indurre l'esecutore ad accettare la missione, può evidentemente fargli un legato sotto la condizione di accettare; il quale legato, detto nell'uso *diamante*, sarà caduco, ben s'intende ove la missione non venga accettata.

1026. [981]. Potrà loro dare il possesso di tutti o d'una parte soltanto dei suoi mobili, ma questo possesso non potrà durare oltre l'anno e il giorno a contare dalla sua morte (1).

Se non è loro stato dato da lui, non potranno esigerlo.

SOMMARIO.

I. Il possesso di cui si tratta (*saisine*) non conferisce all'esecutore testamentario che la detenzione dei mobili senza dargli verun dritto, di possesso legale.
II. Il possesso (*saisine*) non può darsi che pe' mobili soltanto per l'anno e il giorno dissenso con Delvincourt, Duranton e Vazeille.

I.—148. Per garentire l'esecuzione dei legati mobiliari il testatore è autorizzato a mettere i suoi beni mobili per un anno sotto la custodia degli esecutori testamentari. In quanto ai legati d' immobili, non avean duopo d'una tale precauzione, non essendo da temersi la loro distruzione.

Il nostro antico dritto consuetudinario, dal quale il Codice à tolto di peso le regole della nostra sezione (giacchè il dritto romano non conosceva esecutori testamentari), non aveva istituito il possesso onde parla il nostro articolo (*saisine*) che come una detenzione materiale, una semplice custodia do' mobili, che rendeva l'esecutore, non già possessore, ma semplice depositario di quelli. Egli è evidente, e tale è pure la dottrina degli autori, che il Codice, riproducendo le espressioni delle consuetudini à inteso adottare il loro concetto. Pertanto l'esecutore testamentario non avrà che una detenzione di fatto, che punto non istanca il possesso di dritto dell'erede o del legatario universale (art. 724-645 e 1006-932); e questi sarà tuttavia possessore civile, come è il proprietario il cui fondo è occupato da un fittaiuolo o da un usufruttuario.

II.—149. È una quistione controversa quella di sapere, se il testatore potrebbe dare al suo esecutore il possesso di beni non mobili, e dargliele per un tempo più lungo dell'anno e del giorno: il Dalloz risponde negativamente (cap. 8, sez. 3); ma il Delvincourt, il Duranton (IX — 400) e il Vazeille (n. 2) insegnano l'affermativa. — Noi non esitiamo a dire che la dottrina di questi ultimi è erronea.

Mettere sotto il possesso di un terzo dei beni appartenenti all'erede, mettere dei beni sotto deposito e torne il possesso al loro proprietario, è per fermo un temperamento rigoroso di cui non si può far uso che quando la legge lo permette. Senza dubbio il testatore avrebbe potuto legare all'esecutore o a chiunque altro i suoi immobili, eziandio in piena proprietà (chè si suppone trattarsi di beni disponibili, altrimenti non vi sarebbe neppur quistione); ma sarebbe allora una disposizione normale, regolare, che avrebbe fatta cessar la successione legittima per sostituirvi la testamentaria e che sarebbe l'applicazione pura e semplice degli art. 893, 895 915-720, 723, 831 ec. Ma tosto che il testatore, il quale potea pure usar di questi articoli, non lo à punto fatto, tosto che à lasciati i beni sotto il regime della successione legittima e ne à trasmessa la proprietà al suo erede, non può prender contro questo erede la misura eccezionale ed offensiva onde parla il nostro articolo, se non quando la legge glie! permetta, ossia nei limiti di questo medesimo articolo; ora il nostro testo non permette al testatore di conferire il possesso all'esecutore che su i mobili o per l'anno e il giorno soltanto... Invano s'insisterebbe in quanto alla durata, dicendo col Delvincourt e col Duranton, che la regola finale dell'articolo deve intendersi del caso in cui il testatore non si è spiegato su questa durata. Siffatta regola finale non può punto intendersi così, stantechè si rannoda alla frase precedente costitutiva del dritto del testatore: « potrà dar loro il possesso; *ma questo non potrà* durare al di là... » Senzachè, se dubbio rimanesse a tal riguardo, lo dileguereb-

(1) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

be un' occhiata ai lavori preparatori del Codice. Il nostro articolo in fatti avea primitivamente una redazione la quale pur presentando lo stesso senso di quella di oggi, era tuttavia diversa; vi si diceva: « Egli potrà dar loro, durante l'anno e il giorno... il possesso del tutto o solamente... » (Fenet art. 101). Il tribunato, quando gli vien comunicato questo articolo, ne adotta pienamente il pensiero e domanda che sia reso più energicemente. « *Bisogna* esprimere, dice, che il possesso, *in niun caso*, può durare oltre l'anno e il giorno; » e in conseguenza propone di sostituir la seguente compilazione: » Potrà dargli il possesso del tutto, o solamente... *Ma non potrà questo durare oltre l'anno e il giorno...* » (Fenet art. 137); e questa nuova redazione è adottata. È egli chiaro abbastanza? — Il Durenton, è vero, à immaginato di rispondere, che le parole del tribunato *in niun caso* non furon punto messe nell' articolo: ma per fermo non à gran forza l'obbiezione, dacchè il tribunato non avea chiesto che vi si ponessero.

150. Del resto, noi ammettiamo col Duranton e cogli altri autori che, se il testamento non fosse conosciuto immediatamente dopo la morte o se l'investitura dell' esecutore fosse ritardata per gli ostacoli, le liti, le difficoltà che sollevasse l'erede, il possesso non dovrebbe finire che dopo l'anno e il giorno dal momento in cui avesse potuto cominciare e non già dal momento della morte. Quel che è necessario, quel che vuole la legge, quel che domandò il tribuneto si è cho il possesso *non duri mai oltre l'anno e il giorno*. Se questo possesso è cominciato alla morte, come suppone la legge e come in fatti accadrà d'ordinario, finirà dopo l'anno dalla morte; ma, se non à potuto cominciare che più tardi, finirà più tardi.

1027. [982]. **L' erede potrà far cessare il possesso offrendo di dare agli esecutori testamentari una somma bastevole pel pagamento de' legati mobiliari, o giustificando questo pagamento (1).**

151. Essendo il possesso stabilito non nell' interesse degli esecutori testamentari, ma soltanto per assicurare il pagamento de' legati mobiliari, era pur naturale che l'erede potesse farlo cessare pagando egli stesso questi legati o dendo agli esecutori una somma sufficiente per pagarli. Ma non basterebbe punto ch' egli offrisse una cauzione.

1028. [983]. **Quegli che non può obbligarsi non può essere esecutore testamentario (2).**

152. A differenza de'mandeteri ordinari, non è colui che lo scelga dovrà render conto i' esecutore testamentario, sibbene agli eredi, contro i quali compier debbe le sue funzioni, e questi eredi, i quali possono trovarsi lesi per la sua male gestione, non àn mica il dritto di rivocarlo. In simile congiuntura, non si potea più seguir la regola dell'art. 1990-1862, che permette di prendere un mandatario fra gl'incapaci. Che voi possiate affidare i vostri affari a una persona incapace di obbligarsi, ciò si comprende nei casi ordinari, quando della sua incapacità voi stesso dovete soffrire e potete d'altronde rivocarla a vostra posta; ma serebbe assurdo e insieme contro l'equità, se questo mandatario non potesse nuocere fuorchè a una persona che non lo à mica scelto e che non può rivocarlo. Pertanto il nostro articolo dichiare che non può essere esecutore testamentario chi non può obbligarsi, e questo pensiero aviluppano i due articoli seguenti.

Poco monta, del resto, che l'esecutore scelto sia o no capace al momento in cui vien nominato; basta che lo sia al momento della morte del testatore. Se questi designa una persona ancor minore, ma che raggiunga la maggioretà innanzi l'apertura del testamento, la nomina potrà produrre il suo effetto. Epperò i nostri art. 1028, 1029 e 1030-983 a 985 non dicono che l'incapace non potrà *esser nominato* esecutore; dicono che non potrà *essere* esecutore, *accettare* l'esecuzione.

1029. [984]. **La donna maritata non potrà accettare l' esecuzione testamentaria senza il consenso del marito (3).**

Se è separata di beni, sia per contratto di matrimonio, sia giudiziariamente, lo potrà col consenso del marito o, sul rifiuto di lui, autorizzata dal giudice, conformemente al prescritto negli articoli 217 e 219 nel titolo *del matrimonio*.

153. La donna maritata divien capace di obbligarsi sia con l'autorizzazione del marito (art. 217), sia con l'autorizzazione del magistrato (art. 219), e sembra quindi che essa potrebbe sempre accettare l'esecuzione testamentaria con l'una o l'altra di queste autorizzazioni. Pure non è così; e, se tal fiata è sufficiente l'autorizzazione del magistrato, tal' altra è indispensabile quella del marito.

Quando la donna è sottomessa al regime della comunione, siccome allora il godimento dei beni propri di lei appartiene al marito (art. 1401

(1 2 e 3) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

1421), e l'obbligazione contratta dalla moglie senza l'autorizzazione del marito e col solo permesso del giudice non potrebbe eseguirsi che sulla nuda proprietà de' beni propri di lei (art. 426), e la legge trovando sufficiente una simile garentia, dichiara che la moglie non potrà in questo caso accettar l' esecuzione senza l'autorizzazione di esso il marito. Egli è chiaro che sarebbe lo stesso sotto il regime esclusivo della comunione, su cui è ancor meno vantaggiosa la posizione della donna (art. 1530, 1531), e sotto il regime dotale, se la donna non à beni parafernali, poichè dei beni dotali è del pari devoluto il godimento al marito (art. 1549). Ma, quando la donna è separata di beni o quando, maritata sotto il regime dotale, à dei beni parafernali (i quali son sottomessi alle stesse regole dei beni del regime di separazione), avendo allora la donna il godimento (art. 1536, 1576) e potendo procedersi contro di lei sulla piena proprietà, comunque la non si sia obbligata che coll'autorizzazione del Giudice, questa autorizzazione le basta per accettare l' esecuzione testamentaria. Se il secondo comma del nostro articolo, facendo eccezione pel caso di separazione di beni alla regola sancita dal comma primo, non à estesa questa restrizione al caso di beni parafernali, gli è poichè, nel compilarsi il nostro titolo, non si pensava punto al regime dotale, il quale non esisteva altrimenti nel progetto del Codice e vi fu poi introdotto per emendamento nove mesi di poi nella discussione del titolo del *Contratto di matrimonio*. (Fenet, 11, p. 302-334; lib. 3, tit. 10 del progetto).

1030. [985]. Il minore non potrà essere esecutore testamentario neppure coll'autorizzazione del suo tutore o curatore (1).

154. Il motivo di questa regola si trova spiegato dalle osservazioni presentate sotto l'art. 1028. Che il testatore scelga, se vuole, il curatore o il tutore del minore; ma non può, neppure col costui intervento, sceglier lui medesimo.

Il nostro articolo, per altro, si esprime inesattamente quando parla *dell'autorizzazione* del tutore: il tutore agisce fra noi, non *auctoritatem interponendo*, come a Roma, ma *negotia ipsa gerando*; non è incaricato d'autorizzare il pupillo, sibbene di agire in sua vece, di rappresentarlo (art. 450).

1031. [986]. Gli esecutori testamentarii faranno apporre i suggelli, se vi sono eredi minori, interdetti o assenti (2).

Faran fare, presente o debitamente chiamato l'erede presuntivo, l' inventario de' beni della successione.

(1 e 2) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

Provocheranno la vendita dei mobili, in mancanza di somme sufficienti per pagare i legati.

Veglieranno perchè il testamento sia eseguito, e potranno in caso di contestazione sulla sua esecuzione, intervenire per ottenerne la validità.

Dovranno, allo spirar dell'anno dalla morte del testatore, render conto della loro gestione.

SOMMARIO

I. Questo articolo suppone degli esecutori messi in possesso; non esiste per un esecutore non messo in possesso *l'obbligazione* dell' apposizione de' suggelli, dell' inventario e del conto.

II. Ma, quando l' esecutore non è messo in possesso, à *il dritto* di richiedere contro gli eredi i suggelli e l'inventario. — L' esecutore messo in possesso non deve pagare i debiti della successione senza il consenso dell' erede o l' ordine del giudice.

III. Il testatore può dispensare l' esecutore messo in possesso dalla cura di far compilare l'inventario; salvo agli eredi a farlo essi compilare. Non può dispensarlo dal conto.

IV. Il lasso del possesso non fa cessare il titolo e i dritti di esecutore testamentario.

V. L'esecutore testamentario al pari di chiunque altro non può essere incaricato di rimettere de' valori ereditari a una prsona non conosciuta dall'erede.

I. — 155. Questo articolo suppone un esecutore testamentario messo in possesso; lo provano abbastanza i commi 1, 2, e 5. Di fatti unicamente quando l' esecutore è messo in possesso e dee prendere i mobili, è obbligato, se vi sono eredi incapaci, a far mettere immediatamente essi mobili sotto suggello per non impadronirsene che dopo che gl'incapaci saranno legalmente rappresentati e mediante un inventario che consacri regolarmente l' importanza delle cose che mettonsi nel suo possesso (commi 1 e 2); unicamente quando egli è in possesso, può aver un conto da rendere della sua gestione allo spirar dell' anno e del giorno (com. 5). Se questo esecutore non avesse altrimenti il possesso dei mobili, di qual gestione avrebbe mai da render conto? e perchè sarebbe egli obbligato a far apporre i suggelli e compilar l'inventario? Forse nell' interesse degli eredi incapaci, per impedire che i mobili sieno distratti in loro pregiudizio dai loro coeredi? ma no; perocchè l' esecutore testamentario non è istituito che nell' interesse dei legatari per assicurar l'esecuzione del testamento, e non già nell' interesse degli eredi. Forse nell'interesse dei legatari, e a prevenir la distrazione, che potesse esser fatta in loro pregiudizio dagli eredi? no tampoco; giacchè in tale ipotesi non avrebbe la legge ristretta l' obbligazione dell' esecutore al caso in cui vi sono eredi incapaci. L'articolo non è dunque scritto che in veduta d' un

esecutore investito del possesso; e per una precauzione presa contro lui stesso, per gl' interessi degli eredi ai quali dovrà più tardi render conto, è egli sottomesso all'apposizione de'suggelli e all' inventario.

II.—156. In quanto al commi 3 e 4, che incaricano l'esecutore testamentario di vegliare all'esecuzione de'legati, segnatamente provocando la vendita de' mobili, allorchè il danaro sonante non basta per soddisfarli (ma non già la vendita degl' immobili, come gli permetteano certe consuetudini, di cui il Codice non à riprodotte le disposizioni) e intervenendo nelle liti in cui fosse in gioco la validità di essi legati (liti nelle quali può intervenire senza mai essere attore nè convenuto principale), è chiaro che questi commi s'applicano egualmente quando l'esecutore non sarà messo in possesso; stantechè non fanno che indicare le funzioni essenziali alla qualità d'esecutore testamentario. Ora il secondo di questi commi, incaricando generalmente l' esecutore di vegliare all' esecuzione del testamento, ci sembra rendere per quello che non è in possesso facoltativo ciò che è obbligatorio per l' esecutore investito del possesso, vogliam dire la requisizione dei suggelli e dell' inventario: l' esecutore non investito non *dee* più, ma *può* far procedere all' apposizione de'suggelli e alla compilazione d'un inventario; lo può nell' interesse dei legatari onde gli eredi non possano distrarre o deteriorare i mobili che son la garenzia o anche l'oggetto del loro legato.

156. *bis* Comunque l' esecutore testamentario non sia mai tenuto a questo titolo a pagare i debiti del defunto, può nel fatto, quando à il possesso, esser citato dai creditori ereditari come detentore dei mobili della successione, potendo costoro rivolgersi su i mobili non meno che su gl' immobili. L' esecutore in questo caso non dovrà pagare che con la venia dell' erede o per ordine del giudice ad evitar difficoltà nella redazione del suo conto. Non così pe' debiti a cui dà luogo la sua propria amministrazione. Pertanto l'esecutore non attenderà l'autorizzazione dell'erede per pagar le spese de'funerali che avesse prescritto il testamento, la cui effettuazione rientrava quindi nell'esecuzione del medesimo, quelle dei suggelli che richiede, dell' inventario che fa compilare, delle iscrizioni ed altri atti conservatori che far può nell' interesse de' legatari; pagherà da sè solo tutte queste spese o le farà poscia entrar nel conto (art. 1034-989).

III—157. È una quistione fortemente agitata quella di sapere se il testatore possa dispensare il suo esecutore testamentario in possesso de' mobili dall'obbligo di far fare inventario di questi mobili nel prenderli e di renderne conto allo spirar del possesso. Grenier (n. 337), Favard (*Esec. Test.* n° 7) e Vazeille (n° 14), seguendo in ciò l'opinione di Pothier, professano la negativa; al contrario Delvincourt, Toullier (V-604) e Duranton (IX-406), riproducendo l' antica dottrina del Ricard, sostengono l' affermativa; in quanto al Coin-Delisle (il quale, come Merlin e qualche altro autore, non parla che della dispensa dall' inventario, senza occuparsi della dispensa dal render conto), ei non vi vede che *una disputa di parole*, la quale non può presentare serie difficoltà, e si pronunzia come il Merlin per l' affermativa. Forse il nostro dotto confratello, se avesse presa la quistione nel suo complesso in cambio di escluderne il punto più grave, non avrebbe reputato così semplice un problema, su cui son discrepanti tutti i nostri autori, antichi e nuovi. Checchè ne sia, noi dovremo esaminar qui la quistione sotto questi due punti di veduta.

Quando il testatore non à dispensato l' esecutore che dall' inventario, questa dispensa è certamente validissima, purchè non le si voglia dare maggior effetto di quello che comporta. L' esecutore è allora dispensato dal far compilare un inventario; dunque non sarà tenuto a farlo. Ma se non vi sarà tenuto egli, potranno benissimo farlo gli eredi, se vogliono. Il testatore può *dispensar l' esecutore* dal far compilare l' inventario; ma non può vietare che un inventario sia compilato. Certo questo testatore, in luogo di non dare all' esecutore che il possesso de' suoi mobili, lasciandolo sottomesso all' obbligazione di renderne conto, potrebbe (se tutti questi mobili si trovassero disponibili) conferirgliene la piena proprietà, ma, perchè nol fa altrimenti, poichè lascia questa proprietà ai suoi eredi, è evidente che non può impedire a questi eredi, proprietari de'detti mobili, al quali dee renderasene conto, di adempiere alla formalità che ne certifica l' importanza: altrimenti, che mai diverrebbe la proprietà degli eredi e l' obbligazione di render loro conto? Dire che l' esecutore non sarà tenuto a far fare egli stesso l'inventario e che non si vuol dargli questo fastidio, è cosa perfettamente possibile, razionale e legale; ma dire che niun inventario sarà fatto (quando sussistono la proprietà degli eredi e l'obbligo di render loro conto) sarebbe ad una volta immorale e assurdo.

158. Se il testatore avesse dispensato e dal far compilare l' inventario nel prender possesso de' mobili e altresì dal renderne conto allo spirar del possesso (sia ch'ei l' abbia dichiarato, in termini formali, sia che fosse riconosciuto esser tale il senso implicito della sua clausola), la quistione sarebbe più delicata; e in questi termini à diviso tutti i nostri autori, prima come dopo del Codice. Senonchè, per quanto sia potuto sembrare imbarazzante questo punto, noi non esitiamo a dire, con Vazeille,

Grenier o Pothier, che una tal clausola sarebbe assolutamente nulla.

Le ragioni più speciali che si sono allegato e quelle che si potranno allegare per istabilir la validità d' una simile clausola si ridurranno mai sempre a questo argomento: « dare ad esecutori testamentari il possesso dei propri mobili, dispensandoli dal farne l' inventario dapprima e dal renderne conto di poi si è un permetter loro di fare di questi mobili a lor posta, di disporne da padroni e a proprio talento; si è dunque in realtà renderne li proprietari con semplice preghiera di rilasciarne ciò che non credano dover impiegare o conservare. Gli è dunque, sotto espressioni improprie, un vero legato, il quale è valido come ogni altro, se non eccede il disponibile e non s' indirizza a persone incapaci di riceverlo. » Or cotesto linguaggio è fuor di modo inesatto: no, quegli che dispensa il suo esecutore testamentario dall'inventario e dal conto de' mobili di cui lo mette in possesso, non à, non può avere il pensiero di farlo legatario de' suoi mobili: il possesso non è conferito all' esecutore, siccome dice il buon senso, siccome prova il complesso della nostra sezione e segnatamente l'art. 1027-982, se non perchè i mobili sieno impiegati all' esecuzione dei diversi legati; non essendo essi mobili confidati all'esecutore che pel legatari, come potrebbero essergli a un tempo donati in proprietà? Senza dubbio potrebbe il testatore legare i suoi mobili all'esecutore testamentario; ma allora non potrebbe conferirglieno il possesso per l' esecuzione testamentaria, chè il possesso di cui si tratta esclude la proprietà: sono due cose incompatibili.

Che divien dunque quest'*unico* argomento di Toullier, Duranton ec. « *chi può il più* può il meno, e quindi il testatore può dispensare il suo esecutore dall' inventario e dal conto *dei mobili di cui gli conferisce il possesso*, stantechè *potrebbe donarglieli*, e la dispensa dall' inventario e dal conto è un vantaggio minore !.... » No di certo, il testatore non poteva *il più* non poteva *donare in proprietà* al suo esecutore *i mobili di cui gli dava il possesso* per l'esecuzione degli altri legati. Potea legare i suoi mobili a chiunque altro anzichè all' esecutore; poteva eziandio legarli a questo esecutore, se non gliene avesse conferito il possesso a favor de'legatari; ma tosto che gliene conferisce il possesso a favor di tutti, non può insiememente conferirne a lui la proprietà. Dunque, lungi che la dispensa dall' inventario e dal conto possa trasformare l'attribuzione del possesso in un legato, conferma anzi l' impossibilità di questo legato, dacchè suppone il mantenimento del possesso; perocchè se possesso non vi fosse, l' esecutore non dovrebbe conto, e se non vi fosse conto possibile, non vi sarebbe luogo a dispensarnelo. E in fatti non sarebbe egli contrario al dritto quanto alla morale di vedere un amministratore impadronirsi dei mobili altrui e impiegarli a suo capriccio, senza alcun contratto, senza assodare la loro importanza, senza render conto di sorta?

Tutto ciò che potrà fare il testatore si è di legare all' esecutore la resta del suo conto. In tal modo, se l' esecutore, dopo reso e approvato il suo conto, si trova debitore alla successione, ritiene a titolo di legato la somma che deve; ma non si à più quest' idea, mostruosa in dritto, di un amministratore il quale non debba render conto al padrone de'beni che amministra.

IV. 159. Ma se l' esecutore deve, quando finisce il suo dritto di detenzione, render i suoi conti e rimettere all' erede la parte de' mobili che non à impiegata all' esecuzione de' legati, non si dee però conchiuderne che questo esecutore perda allora la sua qualità e i suoi dritti. Fintanto che restan legati da eseguire, vi è dunque luogo a esecuzione testamentaria e l'esecutore conserva pur sempre la sua missione; soltanto egli è allora esecutore testamentario non immesso in possesso, come sarebbe stato sin dall' origine, se il testamento non gli avesse conferita l' investitura.

V. — 160. Massimamente a occasione degli esecutori testamentari sorge la quistione se un testatore possa validamente incaricare una persona da lui designata di rimettere una parte dei suoi beni a un' altra persona ch' egli punto non designa. Così io incarico il mio esecutore testamentario di rimettere 1,000 fr. o la tal parte de' miei mobili alla persona che gli è precedentemente indicata, ovvero voglio che una somma di...... sia rimessa al curato della tal parrocchia il quale ne farà l'uso convenuto fra noi ec.

Noi punto non esitiamo a dire che tali disposizioni son nulle, per la ragione che, non essendo conosciuta la persona cui dee esser rimesso il bene, l' erede non sa s' ella sia capace di ricevere dal defunto. In simil caso è legatario, non la persona incaricata di rimetter la cosa, sibbene quella a cui la cosa dev' esser rimessa; or como vorreste voi verificar la capacità di cotesto legatario cho con tanto studio è tenuto occulto (1)?

161. Il testatore à per altro un mezzo semplicissimo di giungere allo stesso risultato senza violar la legge. Quando s' incarica siffattamente un terzo di rimettere un bene qualunque a una persona che questo terzo solo conosce, vuol dire cho si à piena fiducia su questo terzo e non si teme una distrazione dal canto suo.

(1) Conformi: Merlin (*Ist.d'ered.*), Toullier (V-351 e 606), Duranton (IX-108), Vazeille (art 967, 408).

Ma, poichè il testatore à piena fiducia in questo terzo per l'esecuzione del progetto che gli à segretamente confidato e che non vuoi far conoscere ad altri, perchè nel suo testamento non gli lega questa cosa puramente e semplicemente?... In luogo di dire: « Il mio erede conterà a Pietro 10,000 fr. che questi vorrà rimettere alla persona da me disignatagli, » il testatore, dopo essersi spiegato con Pietro sull'uso da fare del denaro, può dir semplicemente: « Lego 10,000 fr. a Pietro. »

1032. [987]. I poteri dell'esecutore testamentario non passeranno ai suoi eredi (1).

162. Un mandato è un incarico di fiducia necessariamente personale a colui che ne viene investito, e che pertanto non dee passare ai suoi eredi. Ma questi eredi, fintanto che l'erede del testatore sia avvertito della morte dell'esecutore, debbono provvedere a ciò che esigono gl'interessi della successione (art. 2010-1882), e debbono altresì ben s'intende, render conto dell'esecuzione cominciata dal loro autore. — Tuttavolta, se l'uffizio d'esecutore testamentario fosse stato conferito, non *alla tale persona* determinata, ma proprio *alla qualità* della persona (per esempio, il sacerdote che sarà curato della parocchia, o il magistrato che dirige la procura del tribunale), è chiaro che i poteri passerebbero a qualunque persona eserceute la funzione.

1033. [988]. Se vi son più esecutori testamentari che abbiano accettato, un solo potrà agire in mancanza degli altri, e saranno solidalmente responsabili de' mobili stati loro affidati, salvo che il testatore abbia divise le loro funzioni e che ciascun di essi siasi limitato a quella che gli era attribuita (2).

SOMMARIO.

I. Del caso in cui i diversi esecutori nominati ànno tutti accettato.
II. *Quid* se uno o alcuni di essi àn ricusato? Dissenso col Delvincourt e col Duranton.

I. — **163.** La legge qui suppone che il testatore abbia indicati più esecutori testamentari e che tutti abbiano accettata la missione; non parla punto del caso in cui taluni ricusassero.

Quando i diversi esecutori testamentari ànno accettato tutti, i loro diritti e le loro obbligazioni si determinano secondo una distinzione semplicissima. Se il testamento attribuisse a ciascuno speciali funzioni, ciascun esecutore non à potere che relativamente all'oggetto assegnatogli, e, purchè si sia contenuto nei limiti di quest'oggetto, la sua responsabilità non va mica più oltre. Se al contrario i diversi esecutori sono stati nominati senza divisione di funzioni, la legge, a prevenir gl'imbarazzi, i ritardi che infallibilmente si produrrebbero, se niun atto di gestione potesse esser fatto altrimenti che da tutti i mandatari riuniti, riconosce in ciascuno, secondo l'intenzione presunta del testatore, il diritto di agire in mancanza degli altri; per guisa che ciascun esecutore separatamente si trova aver tutti i poteri, esattamente come se fosse stato scelto egli solo. Allora eziandio e per una natural conseguenza ciascun esecutore risponde della gestione pel tutto e solidalmente coi suoi coesecutori, per eccezione all'art. 1995-1867, il quale non ammette la solidalità fra più mandatari se non sè formalmente espressa nel mandato. La solidalità sussisterebbe ancora ai termini del nostro articolo per esecutori nominati a funzioni speciali, se questi esecutori, in cambio di rispettare i limiti segnati dal testamento, avessero invase le funzioni gli uni degli altri; solo sparisce la solidalità, quando il testatore à diviso le funzioni, *e ciascuno si è rinchiuso nella sua*. Che se alcuni si fossero tenuti nei limiti imposti ed altri ne fossero usciti, ben s'intende che questi ultimi soli colpirebbe la solidalità.

La solidalità, per altro, non è stabilita se non pel conto dei mobili confidati agli esecutori; non avrebbe luogo (salvo una clausola formale nel testamento) pe' danni ed interessi ch' eglino potessero dovere per altri oggetti, nè mai contro gli esecutori cui non si fosse dato il possesso.

II. — **164.** Il Codice come abbiam fatto osservare, non fa parola del caso in cui essendo nominati più esecutori, gli uni accettassero, quandochè gli altri ricusassero. Che si deciderà egli in questo caso il Il Delvincourt e dopo di lui il Duranton (IX — 423) insegnano che il rifiuto dell'uno impedirebbe agli altri di agire. Si può dire infatti che, avendo la legge supposta nel testatore l'intenzione tacita di conferire a ciascuno dei suoi mandatari un potere generale ed assoluto, convien supporre in lui altresì, dal punto di vista legale, il pensiero di averli *tutt' insieme* onde il tale o tale (sulla cui *prudenza* egli fa assegnamento) possa dirigere e sorvegliare il tale e tal altro (che egli à scelti soprattutto per la loro *attività*). Questa dottrina, che certo quanto altra mai ragionevole, ci sembra però una conseguenza esagerata del nostro articolo. E per fermo, dal non essere nelle condizioni prevedute dal nostro articolo, che si deve inferirne? Così dal non avere i diversi esecutori accettato tutti, con-

(1 e 2) Questi due articoli sono conformi. *Il Tr.*

chiudosene che non si potrà permettere all'uno di agir solo, ma non andare più in là. La volontà, legalmente supposta qui, che ciascuno de' mandatari possa agir da solo, *se tutti accettano*, ben trae seco *a contrario* l'idea che ciascuno non potrà *agir da solo*, se non accettano tutti, se qualcuno ricusa; ma non trae punto quest'altra idea che il rifiuto dell'uno impedirà anche agli altri *di agire collettivamente*. . . .

Non è più questo un *secondo* caso correlativo a quello che la legge esclusivamente prevede e che si trova così implicitamente preveduto anch'esso, è una terza idea; non preveduta nè esplicitamente nè implicitamente nè direttamente nè *a contrario*; e, non essendo preveduta, dee star sotto l'impero del dritto comune e de' principî generali.

Noi pensiam dunque che si dovrà riconoscere allora negli esecutori accettanti il dritto di agir simultaneamente; tranne risulti dai termini del testamento che era pensiero del testatore di non conferire alcun potere ai suoi esecutori che sotto la condizione che accetterebbero tutti. L'art. 1858 nel titolo della *Società*, dal quale argomenta il Duranton per sostenere la sua tesi, gli sarebbe invece onninamente contrario, dacchè allora toglie a ciascun socio il dritto di agir da solo in mancanza de' consoci, quando *è stato stipulato* da uno degli amministratori ch'egli nulla far potrebbe senza l'altro.

1034. [989]. Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'apposizione dei suggelli, per l'inventario, pel conto e le altre spese relative alle sue funzioni, saranno a carico della successione (1).

165. Egli è affatto naturale che l'esecutore testamentario non sopporti in diffinitiva veruna delle spese che è stato obbligato a fare, e che tutte queste spese gli sieno abbonate. Ma non cadranno sempre le spese a carico *della successione*, come dice il nostro articolo; sibbene cadranno se vi sieno credi riservatari, a carico *della porzione disponibile* di questa successione. In fatti l'esecutore testamentario non è nominato e tutte le spese cui dan luogo le sue funzioni non son fatte che nell'interesse de' legatari; queste spese, le quali non sono che un accessorio de'legati, e un mezzo da procacciarne il pagamento, debbono dunque prendersi al pari di quelli sulla disponibile, onde l'erede abbia mai sempre intatta la sua riserva. — Beninteso, sarebbe altrimenti delle spese che, sebben fatte dall'esecutore, non fossero state fatte nell'interesse de' legatari. Così per esempio, se da questo esecutore fossero state pagate le spese funebri, o se, incaricato del pagamento di certi debiti, egli avesse avuto da litigare contro i creditori ereditari, è aperto che simili spese sarebbero a carico di tutto il patrimonio e non già della sola disponibile.

SEZIONE VIII.

Della rivocazione de' testamenti e della loro caducità.

166. I legati possono venir rivocati; 1. dal testatore medesimo, il quale, ben inteso, non dee render conto del suo mutamento di volontà; 2. per sentenza del giudice, dopo la morte del testatore, per una delle cause d'indegnità del legatario prevedute dalla legge. La rivocazione specialmente detta, quella che à luogo per la volontà del testatore, fa l'obbietto degli articoli 1035 a 1038; quella incorsa pel fatto del legatario non è trattata che nei due ultimi articoli della sezione (1046, 1047).

Gli articoli intermedi (1039 a 1045) s'occupano della caducità de' legati, cioè delle cause che rendonli inefficaci; senza che punto v' influiscano la volontà o l'incapacità del testatore nè l'indegnità del legatario; queste cause sono la distruzione della cosa, la premorienza, l'incapacità o il rifiuto del legatario. A tal proposito il Codice tratta del dritto di accrescere i legati, ossia de'casi nei quali la premorienza, l'incapacità o il rifiuto del legatario non producono punto la caducità della disposizione. Sicchè, comunque la nostra sezione parli successivamente: 1° della rivocazione (art. 1035 a 1038), 2. della caducità (art. 1039 a 1043) 3. dell'accrescimento (art. 1044, 1045) e 4. dell'indegnità (art. 1046, 1047), non à tuttavia che due oggetti precipui, ne'quali vengono a fondersi gli altri due, vogliam dire la rivocazione e la caducità.

§. 1.°

Della rivocazione per la sola volontà del testatore.

1035. [990]. I testamenti non potranno esser rivocati, in tutto o in parte, se non con un testamento posteriore; o con un atto innanzi notaio portante la dichiarazione del mutamento di volontà (2).

SOMMARIO.

I. La rivocazione può essere espressa o tacita. La rivocazione espressa non può farsi che in un nuovo testamento o in un atto autentico.

(1 e 2) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

II. La rivocazione iscritta in uo testameoto non à effetto se questo testameoto è oullo. — Quella che fosse fatto con uo atto olografo non cootenente veruna liberalità, sarebbe egnalmente oulla, atteso che quest'atto oon costituirebbe punto un testamento. Dissenso con la generalità degli autori.

III. La rivocazione per atto autentico è valida, comunque quest'atto sia oullo come donazione e come testamento, se sia valido come atto notarile ordioario; dissenso con parecchi autori.

I. — 167. Un testatore riman sempre libero fino ai suoi ultimi istanti di modificare a sua posta o di annullar completamente le disposizioni testamentarie che à fatte; non essendo il testamento fino alla morte che un progetto, cui il suo autore può mutare a suo piacimento. Qualunque clausola inserita, sia in un testamento, sia in ogni altro atto, con la quale la persona avesse interdetta a sè medesimo di rivocare una o più disposizioni testamentarie, sarebbe radicalmente nulla come contraria alla libertà e all'ordine pubblico.

La rivocazione de' testamenti per la volontà del loro autore può essere espressa o tacita. Il Codice si occupa della tacita rivocazione negli articoli 1036 e 1038, e il nostro articolo, benchè nol dica, non intende parlare che della rivocazione espressa, altrimenti la sua disposizione restrittiva « *i testamenti non potranno esser rivocati che...* » sarebbe al tutto falsa; e avrebbe potuto dire: « non potranno esser rivocati *espressamente* ».

La rivocazione, sia espressa sia tacita, può colpire o un testamento intero o soltanto una ovvero più delle disposizioni contenute in questo testamento: la rivocazione è pur sempre quella d'un legato (o di più legati), ma non è sempre quella d'un testamento.

La rivocazione espressa non può mai farsi verbalmente: non può farsi che per iscritto, e non è valida se non è consegnata: o 1° in un testamento posteriore, o 2° in un atto autentico.

II. — 168. La rivocazione espressa può in prima farsi validamente in un testamento posteriore, quali che sieno la forma di questo nuovo testamento e quella del testamento che in tutto o in parte si rivoca: Così un testamento mistico o autentico può benissimo esser rivocato con un testamento olografo; un testamento ordinario può esserlo con un testamento privilegiato, e viceversa — Ben vero è duopo che il testamento rivocatorio sia valido; se fosse nullo, se non avesse esistenza legale, più non si potrebbe dire trovarsi la rivocazione in un testamento; giacchè in dritto testamento non vi sarebbe. Vedremo nel numero seguente ciò che si avrebbe a decidere, se si trattasse di un testamento pubblico, nullo come testamento, ma che offrisse tutte le condizioni dell'atto notarile ordinario.

169. Ma sarebbe mai valida la rivocazione, sol perchè l'atto che la contenesse fosse scritto per intero, datato e sottoscritto dalla persona e sebbene quest' atto non presentasse veruna disposizione di beni? Quasi tutti gli autori e con essi un antico arresto della Corte di cassazione rispondono affermativamente (1), Ma la loro soluzione, che il Bugnet (su Pothier, VIII, p. 308) trova altamente dubbia e che il Delvincourt rigetta (t. II), è infatti un errore.

Degli autori antichissimi (2) partendo dalla falsa idea che la rivocazione d'un testamento sia per sè stessa e all'infuori d'ogni nuova disposizione de' beni, un nuovo testamento (perchè equivale a una attribuzione fatta di questi beni agli eredi del sangue), insegnavano conseguentemente che la rivocazione poteva e doveva farsi nelle forme del testamento. Autori più recenti, al contrario, ben comprendendo che la rivocazione pura e semplice d'un testamento non è mica un testamento, conchiudevano dall'assenza d'ogni regola speciale a tal riguardo nella nostra antica legislazione, che questa rivocazione potea farsi in qualunque forma. Il Pothier segnatamente ci dice che « comunque l'atto che contiene questa rivocazione non fosse rivestito delle formalità de' testamenti, la rivocazione non lascia d'esser valida. » e soggiunge che l'atto rivocatorio « non à bisogno d'essere scritto dal testatore; » basta che sia firmato di sua mano (*Don. e Test'*, Cap. 6 sez. 2 § 1). Ciò essendo, gli autori del Codice avean qui da scegliere fra tre partiti: 1° considerar l'atto rivocatorio come un testamento, e per tanto esigerne le forme, come fa il Domat; 2° non esigere niuna forma, come fa il Pothier; 3° dipartirsi dall' una e dall'altra idea, e, pur considerando l'atto rivocatorio come quello che non è un testamento, sottometterlo a forme particolari e diverse da quelle de' testamenti. Ora a quest' ultimo partito si è appigliato il Codice.

Egli è sulle prime evidente e incontrastato che esso rigetta la dottrina di Pothier, dacchè, lungi di contentarsi di un atto qualunque per la dichiarazione della mutata volontà, esige che questa dichiarazione sia consegnata o in un secondo testamento o in un

(1) Merlin, Rep., t. v.° Rivoc. di Codic. Grenier n. 342, Toullier, V — 633, Duranton, IX — 431; Dalloz; cap. IX sez. I, Vazeille, n. 17; Poujol n. 5; Coin-Delisle, n. 7; Zachariae, V pag 435, arr. Parigi mantenuto in cassazione il 17 maggio 1814.

(2) Bartolo sulla l. 18 Dig. de *leg.* 3, n. 8; Barry (Succ. lib. 10, t. 1, n. 35); Domat, par. II, lib. 3, tit. 1 sez. 5 n. 12.

atto autentico. Ma non è men certo che rigettà altresì, e doveva infatti rigettare, l'opposta dottrina del Domat, che tanti autori vogliono oggi risuscitare.

Doveva innanzi tratto rigettarla; perocchè non ci à cosa più falsa del dire che, quando io dichiaro di rivocare il testamento che avevo fatto, con ciò stesso dispongo e testo a favore de' miei eredi. Senza dubbio fo una cosa che giova ad essi; ma questa cosa non è mica un testamento, è semplicemente la soppressione del testamento che loro noceva, senza dubbio secondo la mia volontà, i miei eredi debbono allora prendere i miei beni, ma non li prenderanno in virtù d'un testamento e come legatari, li prenderanno come successori AB INTESTATO, ossia precisamente a causa della *mancanza assoluta di testamento*... Quando dico in un atto: « Dichiaro di rivocare il testamento olografo che aveva depositato presso la tale persona » gli è nè più nè meno che se lacerassi questo testamento olografo. Or direte voi, che, lacerando un testamento, io fo nell'atto stesso un secondo testamento?

La verità delle cose adunque imponeva al nostro legislatore di rigettare questa idea falsa di Bartolo e di Domat. Egli l'à rigettata in fatti e se ne trovano, non una, ma due prove, primamente nel testo, indi nei lavori preparatorii. Nel testo; giacchè, se il legislatore avesse inteso che la semplice dichiarazione di sopprimere un testamento fosse essa stessa un testamento, sottomessa pertanto alle forme testamentarie, non avrebbe potuto da una banda dir che si richiedeva, sia *un testamento*, sia *un atto notarile contenente la dichiarazione*, attesochè, in questo sistema, siccome è testamento ogni atto che contenga tal dichiarazione, sarebbe stato come se avesse detto che si richiedeva UN TESTAMENTO *ovvero* UN TESTAMENTO; e da un'altra banda, se avesse inteso vedere un testamento nell'atto di cui si tratta ed esigere le forme testamentarie, non si sarebbe dunque contentato d'un atto notarile ordinario, postochè pel testamento pubblico il Codice esige altre forme più rigorose di quelle della legge del notariato, onde, contentandosi qui la legge d'un semplice atto notarile, è da dire che non fa caso delle forme testamentarie, che non vi vede punto un testamento, che in fine non ammette il sistema di Domat..... Del resto, ciò che toglie ogni dubbio a questo proposito si è che l'idea di sottomettere la dichiarazione di rivocazione alle forme testamentarie era quella dei progetto del Codice e che fu respinta fin dalla prima discussione nel consiglio di Stato. In fatti il nostro articolo 1035 nel suo primo stato voleva che la dichiarazione fosse fatta *in una delle forme richieste pei testamenti* ma, dopo la discussione, questo progetto fu abbandonato e in seguito d'una prima trasformazione nella quale si esigeva che la dichiarazione si facesse sempre *con atto autentico*, si ammise in fine come mezzo termine sulla domanda del tribunato che potrebbe farsi, sia con testamento posteriore, sia con atto notarile (Fenet XII, pag. 399, 435 e 463). — Sicchè *un testamento* e non soltanto un atto fatto *nelle forme del testamento* intende esigere il Codice, tosto che non vi sia dichiarazione per atto notarile.

III. — 170. Il testamento, che può sempre rivocarsi con un testamento posteriore, può esserlo eziandio con un atto notarile, senza che quest'atto abbia bisogno di costituire un novello testamento. Dal momento che la dichiarazione di mutata volontà sarà stata ricevuta secondo le regole sancite dalla legge del notariato, ciò basta perchè ne segua la rivocazione.

Pertanto, che questa dichiarazione sia inserita in una donazione tra vivi che si trovi nulla per manco d'accettazione espressa, produrrà il suo effetto (Cass. 25 aprile 1825; Lione 7 febb. 1827); giacchè, se l'atto è nullo come donazione e per contravvenzione alle regole della sezione prima del Cap. IV del nostro titolo, non presenta alcun vizio come atto notarile e in nulla contravviene alle regole della legge di ventoso anno XI.

Lo stesso è a dirsi secondo noi della dichiarazione contenuta in un testamento che si trovi nullo nella forma, ma per contravvenzione a regole diverse da quelle della legge di ventoso; esempligrazia perchè questo testamento fosse stato ricevuto da un notaio assistito da tre testimonii invece di quattro. Numerose autorità decidono il contrario (1); ma noi non osiamo seguirle in questo punto. Allora in fatti sonovi nell'atto, come sopra due cose distinte: 1° un testamento pubblico; 2° una dichiarazione solenne di rivocazione del testamento anteriore. In verità il testamento è nullo, dacchè vi sono stati tre testimonii in cambio di quattro che il codice esige a pena di nullità (art. 971-896 e 1001-927); ma come mai la clausola rivocatoria sarebbe nulla anche per questa medesima causa, poichè non è sottomessa che alle regole della legge di ventoso, epperò le bastano due testimonii? La clausola, dicesi, fa allora parte integrante d'un testamento, e quindi, cade col cader di quello. Ma perchè dunque considerarla come parte integrante e necessaria del testamento pubblico, quando si può concepire distinta da quello e la legge le attribuisce una forma diversa? perchè coordinarla alla forma testamentaria e dichiararla nulla, quando la si può coordinare alla forma notarile sem-

(1) Merlin Rep. v. *Test* sez. 2, Grenier n° 342; Favard v° *Test*. sez. 3; Coin-Delisle, n° 8; Rig. 20 feb. 1821; Tolosa 12 agost. 1831; Aix 5 aprile 1834; Rig. 2 marzo 1836 (Dev. 32, 2, 586, 36, 1, 174).

plice e trovarla valida? Poichè lo scritto che contiene la dichiarazione è ad una volta testamento e atto notarile, e la dichiarazione riveste così simultaneamente due forme entrambe permesse, non può dunque esservi nullità per vizio nella forma richiesta, se non qualora queste forme fossero amendue viziose...... Un testamento pubblico per esser testamento, non cessa d'essere atto notarile.

Ci si dice in fine che il nostro sistema fa temere che si contrarii la volontà del testatore; che, facendo un secondo testamento in quel medesimo che rivocava il primo, egli avea forse il pensiero di non rivocare se non qualora questo testamento posteriore ricevesse la sua esecuzione.... Questa obbiezione non à per avventura maggior valore della precedente; stanteche suppone gratuitamente (con un *forse*) nella rivocazione una condizione che non vi si può onninamente vedere. L'articolo 1037 respinge invincibilmente questo sistema, non per argomento diretto, ma in forza d'una analogia assai spiccata.

In fatti, se convenisse dire che la rivocazione scritta in un testamento posteriore non debba aver forza che quando questo secondo testamento riceverà la sua esecuzione, bisognerebbe dunque dichiararla non avvenuta, allorchè vi sarà incapacità o rifiuto del secondo legatario. A mo' d'esempio, dopo aver legato nel 1836 la mia casa a Pietro, io dichiaro nel 1852 con un nuovo testamento di ritoglierla a Pietro per donarla a Paolo, e alla mia morte Paolo ricusa il legato. Nel nostro sistema, voi dovete dire che, non avendo effetto il secondo testamento, il primo non è stato rivocato; che il testatore non à tolta la sua cosa a Pietro assolutamente, sibbene soltanto per attribuirla a Paolo; che, se à preferito Paolo a Pietro, preferiva eziandio Pietro ai suoi eredi del sangue; che la rivocazione del legato di Pietro si trovava fatta sotto questa implicita condizione « se il nuovo legato che fo a Paolo riceverà esecuzione; » or siffatta teorica è smentita dall'articolo 1037, il quale dichiara che « la rivocazione fatta in un testamento posteriore avrà tutto il suo effetto, ancorchè questo nuovo atto rimanga senza esecuzione per l'incapacità o il rifiuto del legatario. » E per fermo, onde una rivocazione sia riconosciuta condizionale, fa mestieri che il dichiarante abbia espressa la condizione a cui intendeva sottometterla. (1)

1036. [991]. I testamenti posteriori, che non rivocheranno in un modo espresso i precedenti, non annulleranno in questi se non le disposizioni contenutevi che si troveranno incompatibili con le nuove o che saranno contrarie.

SOMMARIO.

I. Prima causa di tacita rivocazione. Ha luogo per le disposizioni che non possono nel pensiere del disponente essere incompatibili con un testamento posteriore.
II. La è una semplice quistione d'intenzione. Riassunto della regola. E errore del Toullier riconosciuto dal Duvergier.

I. — **171.** Incontriamo qui la prima fra le cause della rivocazione tacita, la seconda delle quali ci sarà indicata dall'art. 1038. In quanto all'art. 1037, esso non fa che completare la disposizione del nostro articolo e del precedente, ed è comune a tutte le rivocazioni fatte per testamento, vuoi tacite, vuoi espresse.

La rivocazione tacita è quella che si manifesta non più *verbis*, con la dichiarazione formale del testatore, ma *re*, con un fatto il quale prova in esso testatore il mutamento di volontà. Del rimanente, questa seconda rivocazione, al pari della prima è ristretta e limitata dalla legge, e a quella guisa che la rivocazione espressa non risulta altrimenti da una dichiarazione qualunque, ma solo da una dichiarazione scritta in un testamento o in un atto notarile, medesimamente la rivocazione tacita non può risultare che da fatti preveduti dal Codice. — Risulta, giusta il nostro articolo, dalla *incompatibilità* o dalla *contrarietà* che esista fra le disposizioni anteriori e le ultime. Dire con precisione quale differenza abbiano intesa porre i compilatori fra l'incompatibilità e la contrarietà delle disposizioni sarebbe cosa difficile anzichè no, e del resto affatto inutile, atteso che le disposizioni contrarie sono di necessità incompatibile. Sicchè in ultima analisi, quando saravvi incompatibilità fra due disposizioni, allora la prima sarà rivocata.

II. — **172.** Circa al sapere quando vi sarà incompatibilità, quando due disposizioni dovran considerarsi inconciliabili tra loro, gli è un punto di fatto su cui è impossibile formare in tesi verun regola assoluta, e che i tribunali dovran sempre decidere a norma delle circostanze (2).

Notiamo bene infatti che qui punto non trattasi d'una incompatibilità considerata in sè, di disposizioni inconciliabili assolutamente e

(1) Conf. Malleville, Delaporte, num. 391; Toullier, V—626 Delvincourt, Duranton IX—438; Vazeille num. 2; Brusselles 22 lug. 1807.

(2) V. rig. 25 giug. 1828; 22 giug. 1831; 29 magg. 1832; 8 lug. 1835; 30 marzo 1841; 10 marzo 1851 (Dev. 31, 1, 255; 32, 436; 35, 741; 41, 406; 51, 361.)

per se stesse; aibbene di disposizioni incompatibili nell' intenzione del testatore e che si trovano inconciliabili secondo la volontà che egli aveva nello scriverle: l' incompatibilità non dee necessariamente esser materiale, e nella natura delle cose; basta che sia nel pensiere del disponente (1).

Cotalchè, quando Tizio dopo aver latituito Pietro legatario universale in un primo testamento, conferisse il medesimo titolo a Paolo con un testamento posteriore, è chiaro potervi essere in tale ipotesi, secondo i casi, o sostituzione del secondo legatario al primo e rivocazione del legato anteriore, ovvero nomina di due legatari universali chiamati a concorrere. Talvolta gli stessi termini del secondo legato basteranno per far conoscere a tal proposito il pensiere del testatore: se Tizio, per esempio, à detto che sceglie Paolo *per suo solo erede*, è evidente che il legato di Pietro è rivocato. Tal fiata l'intenzione si manifesterà in un'altra parte dell' atto: se Tizio, dopo aver detto che istituisce Paolo legatario universale, aggiungesse diverse altre liberalità e terminasse dicendo: « tutte queste disposizioni saranno adempiute dal *mio* legatario universale, il quale riterrà *il resto* dei miei beni » ai vedrebbe da ciò non dovervi essere due legatarii universali, ma un solo. Altre volte scopriransi la volontà del defunto dal complesso de' due testamenti paragonati l' uno a l' altro. Taluna volta infine non si potrà determinare che dalle circostanze di fatto cercate fuori degli atti testamentari.

Così ancora comunque dicasi generalmente che il legato, fatto a una seconda persona, d' un corpo certo già legato a un altro con un testamento anteriore rivoca il legato precedente, potrà bene accadere che il secondo legato non sia se non l' attribuzione d'un condominio dell'oggetto e che i due legati debbano esser mantenuti entrambi. Se dopo aver legato a Luigi il tal podere, Tizio lo à con un secondo testamento legato a Giacomo, taluni termini di questo secondo testamento o altre circostanze potrebbero benissimo provare ch' egli à inteso attribuirlo ad entrambi. Se per contra si trattasse d' un oggetto di tenue valore (un oriuolo, una tabacchiera) che il primo testamento di Tizio donava al suo domestico e che il secondo attribuisse a un amico, il mite valore dell' oggetto e altresì la circostanza che il secondo legatario è un uomo agiato proverebbero ben chiaro esser quella una memoria che il testatore à voluta lasciare al suo amico, che quindi a lui solo à inteso attribuir l' oggetto e non ci avrebbe dubbio possibile sulla rivocazione del primo legato. Reciprocamente, comechè due legati fatti con testamenti successivi a una stessa persona debbano le più volte consistere ed eseguirsi entrambi, le circostanze potranno spesso dimostrare, eziandio per legati di somme di danaro, che il testatore à inteso sostituire il secondo al primo legato e rivocar questo (2).

173. Sicchè il nostro articolo si riassume a dire che le disposizioni posteriori rivocano le antecedenti, quando risulta chiaro delle circostanze che il testatore à avuto la volontà di sop-

(1) V. l' *arresto* su citato del 10 marzo 1851 e le nostre osservazioni nella *Rivista critica*, I, p. 419 e seg. n. 2.

(2) Un buon curato di villaggio, dopo fatto un testamento lunghissimo, che conteneva gran quantità di disposizioni e raccomandazioni d' ogni natura, ne fece molto tempo dopo un secondo, il quale era *parola per parola* la riproduzione del primo, con questa sola differenza che i legati di somme eran tutte aumentate: il preambolo di questo novello atto era lo stesso, il testatore vi riproduceva le sue volontà circa il luogo ove si doveva interrarlo, il numero, i giorni e le ore delle messe da celebrarsi pel riposo dell' anima sua, la destinazione delle sue pianete, cotte, de' vasi sacri e dei libri (de' quali voleva fare una biblioteca cantonale). Il primo testamento, a dir breve, era *copiato* in tutti i suoi particolari, soltanto i poveri del comune in cambio di ricevere 100 fr. ogni anno nel dì della messa anniversaria pe' solo quattro anni che seguirebbero la sua morte, li riceverebbero per sei anni; le messe da dirsi per due anni secondo il primo testamento doveano dirsi per tre anni; colui al quale il primo testamento avea attribuiti 1000 dovea riceverne 1,500; il legatario d'una somma di 800 fr. dovea riceverne 1,200, e così di seguito. Era evidente non esser questi due testamenti eseguibili entrambi, sibbene due *edizioni* di un unico testamento, la seconda delle quali era *aumentata* per effetto delle economie che il defunto avea fatte nell' intervallo; era evidente che il secondo atto soltanto dovea eseguirsi; che tutte le sue parti valutate, nel loro complesso e giusta l' intenzione ben chiara del testatore, erano incompatibili con le disposizioni del primo, e che questo trovavasi colpito di tacita rivocazione. Non si dovea punto eseguir due volte ciascun legato di somme così come non si dovea dar due volte il calice d'oro al tal sacerdote e la pianeta rossa al tal altro o depositar due volte il corpo nella sepoltura indicata. — Eppure il tribunale di Charolles giudicò il contrario sull' azione diretta da uno de' legatarii contro un degli eredi (aprile 1844), fondandosi sul motivo che non evvi alcuna incompatibilità fra due legati di somme di denaro. Ma gli altri eredi, convenuti a lor volta, presentarono per difesa un consulto nel quale noi avevamo svolte le osservazioni che precedono, e i magistrati riconoscendone l'esattezza, resero una seconda sentenza opposta alla prima.

Un caso analogo ci fu egualmente sottomesso per consulto nell' ottobre del 1850, in una specie di cui àn parlato varii giornali, a causa di quest' altra particolarità, che il testatore avea legato alle città di Rouen e Caen delle somme formanti de' premii da darsi ciascun anno ai più meritevole *nel dì onomastico del re*, quando la monarchia si trovava abolita da circa tre anni alla morte del testatore.

primere le prime per sostituirvi le seconde e che à inteso che non potessero concorrere. Ciò essendo, non si comprende per verità come il Toullier abbia potuto scrivere (V-643) che, se una persona, la quale à legato un fondo di terra a Tizio in un primo testamento gli lega in un secondo cento scudi, è con ciò rivocato il primo legato. Egli è evidente per l'opposto che ambi i legati sono dovuti, salvo che qualche peculiare circostanza provi che il denaro è stato legato *in luogo* del fondo (*si PRO FUNDO decem legentur*). Onde il Duvergier nelle sue note riconosce con noi che il Toullier è qui caduto nell' errore.

1037. [992]. La rivocazione fatta in un testamento posteriore avrà tutto il suo effetto, comunque questo novello atto resti ineseguito per l' incapacità dell' erede istituito o del legatario o pel loro rifiuto di raccogliere (1).

174. Tosto che una disposizione si trova validamente rivocata, in modo sia espresso sia tacito, con un testamento posteriore, questa prima disposizione è dunque come non avvenuta, e quindi non potrebbe rivivere se non in forza d' una nuova volontà del disponente. Or l'inefficacia onde si troverebbe colpito il secondo testamento (sia per la premorienza del legatario, sia per l' incapacità sua, sia pel suo rifiuto di accettare) non istabilisce punto questa nuova volontà, epperò non può impedire onninamente l' effetto della rivocazione (2).

La legge non pone sulla stessa linea, e nol poteva infatti, il caso in cui esso il testamento si trovasse nullo per vizio di forma. Prima che la rivocazione produca degli effetti, è d' uopo che esista; perchè esista, è duopo vi sia un testamento; ora il testamento nullo nella forma è solo un apparenza di testamento, senza esistenza legale. Altrimenti è, come abbiam detto sotto l'art. 1035, quando il testamento che contiene una rivocazione (espressa) è un atto pubblico il quale, nullo come testamento, vale come atto notarile; ma questo non è più il caso del nostro articolo; giacchè la rivocazione si produce allora non solo come fatta per testamento, ma altresì come fatta per atto notarile; or soltanto della rivocazione per testamento si occupa il nostro articolo.

Onde la rivocazione sussista così malgrado la nullità di forma del testamento, è forza evidentemente che il testamento sia per atto pubblico e che la rivocazione sia espressa: da una banda, se il testamento non fosse pubblico, non potrebbe, cadendo come testamento, mantenersi come atto notarile; da un altra banda la rivocazione espressa è la sola che far si possa senza testamento.

175. Abbiam detto che le disposizioni state rivocate possono rivivere per una nuova volontà del testatore. Pertanto non è dubbio che, se una persona, dopo aver operata la rivocazione del suo testamento, rivochi questa rivocazione dichiarando positivamente di ritornare al testamento primitivo, questo testamento primitivo riprenderà tutta la sua forza. Ma sarebbe egli lo stesso, se il testatore così rivocasse la disposizione rivocatoria senza esprimere che intende far rivivere il testamento rivocato? Qui gli autori son divisi: la piupparte (segnatamente Grenier, n° 346, Delvincourt, Toullier, V-635) decidono che il primo testamento non varrebbe; altri all'opposto (Duranton IX-441, Coin-Delisle, art. 1035, n° 12) dicono che rivive pel solo annullamento della rivocazione..... In quanto a noi, pensiamo non potersi dare una regola assoluta nè in un senso ne nell' altro, e la soluzione dipendere dalle circostanze.

Se il testatore, per esempio, à rivocato il suo testamento, non con testamento posteriore, sibbene con una semplice dichiarazione notarile, è evidente che l' annullamento della rivocazione significa che egli ritorna al suo testamento: non evvi altra interpretazione possibile. Ma se, dopo fatto un primo testamento a favor di Pietro, lo à tacitamente rivocato con un secondo testamento a favor di Paolo, e dichiari poscia di rivocar quest'ultimo, sonovi due significati possibili a questa nuova rivocazione; può significare; « io ritiro il mio secondo testamento per ritornare al primo; » ma può significare altresì: « io non voglio nè il secondo nè il primo e ritorno alla successione intestata. » Le più fiate i termini della rivocazione faran comprendere il pensiero del testatore; ma ogni qualvolta questo pensiero resterà dubbio, è chiaro che la sarà una quistione d' intenzione da decidere in fatto a norma delle circostanze.

1038. [993]. Qualunque alienazione, eziandio mercè vendita con facoltà di ricompra o mercè permuta, che farà il testatore di tutta o di parte della cosa legata, produrrà la rivocazione del legato per tutto ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione posteriore sia nulla e l' oggetto sia rientrato nelle mani del testatore (3).

SOMMARIO.

1. Seconda causa di rivocazione tacita: alienazione dell'oggetto legato. Basta una alienazione di fatto. L'a-

(1) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

(2) Conf. Bordeaux 19 marzo 1833, Rig. 13. mag. 1834 (Dev. 33, 2, 414; 34, 1, 421).

(3) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

tienazione sotto condizion sospensiva non basta: dissenso col Durantoo e col Coin-Delisle.
II. I legati universali o a titolo universale possono anch'essi trovarsi colpiti da questa causa di rivocazione.
III. Terza ed ultima causa di rivocazione: soppressione dell'atto testamentario.
IV. La rivocazione non è applicabile a tutte le clausole che può contenere un testamento, ma ai legati soltanto.

I. — 176. Il Codice, più severo dell' antico dritto, dichiara che ogni alienazione della cosa legata rivoca il legato *ipso facto*. Ei non si tratta neppur d' una alienazione reale in dritto, ma d'una semplice alienazione di fatto, ossia di questa sola circostanza che il testatore à voluto e creduto alienare, che à consentito un atto d'alienazione, comechè quest' atto non abbia verun esistenza legale. Ciò è evidente; giacchè l'articolo ci spiega che la rivocazione avrà luogo, sebbene si tratti d' una vendita con facoltà di ricompra e l'oggetto sia poi rientrato nella mano del venditore (benchè l'esercizio della ricompra renda in dritto la vendita come non avvenuta); e aggiunge che sarà così, ancorchè l'alienazione sia nulla. Cotalchè vi sarebbe rivocazione nel caso d'una donazione nulla per manco delle forme volute o per manco d'accettazione. Avrebbe egualmente luogo la rivocazione, se l'alienazione fosse annullata per incapacità, per dolo o per lesione. Difatti in tutti questi casi vi è stato un atto di alienazione consentito dal testatore.

177. Ma sarebbe la cosa altrimenti, se l'alienazione fosse nulla per violenza o per errore sulla cosa medesima. Così, se consti che il testatore abbia sottoscritto l'atto di vendita col pugnale alla gola, o che dichiarando vendere la sua casa di Chaillot (che avea legata a Pietro) intendeva parlare della sua casa di Chaisy, non v'è rivocazione allora, chè non pure non vi è stata in dritto alienazione (il che non è punto necessario), ma non v'è stato tampoco in fatto la volontà d'alienare (il che era indispensabile.)

Il Duranton, IX — 459 e il Coin-Delisle, num. 4, insegnano che la rivocazione risulterebbe eziandio da un'alienazione fatta sotto condizione sospensiva; ma questa dottrina ci sembra erronea ed è in fatti rigettata dalla maggior parte degli autori (1). Questo caso non è menomamente analogo a quello di vendita con facoltà di ricompra, al quale si vuol ragguagliare. . . L'esercizio della ricompra, rendendo la vendita non avvenuta in dritto, non impedisce già che vi sia stata vendita in fatto. Lo stesso dicasi d'una vendita sotto condizione risolutiva; questa vendita esiste, può soltanto venir risoluta, rivocata, se la risoluzione à luogo. *si presumerà* che quella non sia seguita, ma sarà seguita in realità; sarà non avvenuta in dritto, ma sarà un fatto realmente compiuto. Quando all'incontro l'alienazione dipende da una condizione sospensiva e questa condizione non si avvera, l'alienazione non à mai avuto luogo nè in dritto nè in fatto. — Per esempio se, dopo aver legato a Pietro la tal casa, dichiaro di donarla a voi, se sposerete la tal persona, e il matrimonio non si fa, è chiaro che non v'è mai stato alienazione nè in dritto nè in fatto; questa non è più un alienazione che la teorica del dritto reputi non aver avuto luogo, comunque siasi veramente adempiuta; è un atto che nel fatto stesso non è mai stato altro che un progetto senza attuazione; io non ò mica ritolta la casa al mio legatario; ò detto che gliela toglierei se il matrimonio si facesse; or il matrimonio non s'è fatto altrimenti.

II. — 178. I legati universali e a titolo universale son meno accessibili de' legati particolari alla rivocazione del nostro articolo. Allorchè il testatore aliena il tale o tal bene particolare, il legatario di tutti i beni che esso testatore lascerà o di una frazione di tutti questi beni ritroverà l'equivalente del bene alienato nel prezzo che ne è stato pagato o nel nuovo bene acquistato in cambio. Se l'alienazione sia nulla o rivocabile, ritroverà il bene medesimo, sia in natura nel patrimonio, sia coll'azione che gli apparterrà per farvelo rientrare. — Ma questa rivocazione tuttavia nuocerà talvolta anche ai legatari di cui parliamo. Se l'alienazione è valida e a titolo gratuito, è chiaro che il bene sarà perduto per questi legatari. Se si tratti d'un legatario a titolo universale d'una certa specie di beni, per esempio di tutti gl' immobili, l'alienazione valida d'uno o più di questi immobili contro valori mobiliari diminuirà il suo legato d'altrettanto e, se tutti gl'immobili sieno stati alienati a prezzo di denaro, se poscia non sieno punti rientrati nel patrimonio del venditore, ne egli ne abbia acquistati altri, nulla avrà questo legatario. In fine un legato anche universale sarebbe completamente rivocato giusta il nostro articolo, senza speranza di produr poi alcun effetto, se il testatore facesse di tutti questi beni un istituzione contrattuale (art. 1082).

III. — 179. Il Codice non indica altre cause di tacita rivocazione che: 1° la confezione d'un testamento posteriore col quale le disposizioni precedenti si trovino inconciliabili nel pensiere del disponente; e 2° l'alienazione di fatto del bene legato. Pure avvene una terza, e se il Codice non l'à indicata, gli è senza fallo perchè, propriamente parlando, non è più una semplice rivocazione e inoltre perchè à un energia tale che, senza veruna disposizione a

(1) Toullier (V-655), Dalloz (n° 21), Poujol (n° 7), Vazeille (n° 7.)

tal riguardo, non è possibile il dubbio circa il suo effetto: vogliam parlare della soppressione, materiale, o legale, dell'atto testamentario.

Così, quando, dopo aver fatto un testamento olografo, la persona lo brucia, lo lacera o lo cancella, o quando cancella soltanto la firma o la data, è chiaro non esservi più testamento. Che se il testamento olografo fosse stato fatto in più esemplari e il testatore ne lasciasse uno intatto, è patente che niuno effetto produrrebbe la distruzione degli altri.

Se si tratta di un testamento mistico, e il testatore sopprime l'involucro lasciando sussistere lo scritto interno, questo scritto varrà sempre come testamento olografo, se ne avrà i caratteri; nel caso opposto non vi sarà più testamento. Nel caso in cui il testatore avesse soltanto rotto i suggelli del testamento mistico si dovrà distinguere: se, trovandosi lo scritto interno sullo stesso foglio che porta l'atto di soprascrizione, si à la certezza che questo scritto è pur l'atto presentato al notaio e se le formalità costitutive del testamento mistico sieno daltronde state adempiute, pensiamo che il testamento dovrà valere; ma se lo stato dell'involucro non permette più d'assicurarsi dell'osservanza delle formalità volute, o se lo scritto interno si trovi su un foglio distinto dall'involucro (il che non permette più di sapere se è quello stesso che vi si era involto dapprima), il testamento non può più aver esistenza legale.

Per ciò che riguarda il testamento pubblico, è chiaro che il bruciamento, la lacerazione o la cancellatura d'una spedizione in nulla nocerebbe all'effetto del testamento; dacchè questo testamento è la minuta, di cui la spedizione era non altro che una copia. Ma, se il testatore fosse andato dal notaio ad impadronirsi della minuta e l'avesse distrutta o cancellata, egli è evidente che anche allora non vi sarebbe più testamento.

180.— Quanto abbiam detto s'applicherebbe del pari, laddove i fatti accennati fossero stati operati non dal testatore, ma da un altro, per esempio dall'erede. Allora però sarebbero dovuti de'danni ed interessi al legatario che potesse provare che l'atto che si è messo fuori stato di servire era fatto in suo favore. Questi danni e interessi sarebbero uguali all'importanza del legato, se fosse nota; nel caso opposto, potrebbero elevarsi, secondo i casi, fino al valore di tutta la quota disponibile.

IV.—181. Terminiamo questa materia della rivocazione de' legati con una rilevante osservazione.

I testamenti possono contener delle clausole le quali non costituiscono disposizioni d'ultima volontà e non sieno come queste rivocabili. Così si è potuto consegnare in un testamento la confessione di un debito o il riconoscimento d'un figlio naturale. È chiaro che in tal caso la rivocazione del testamento, sia mercè una dichiarazione notarile, sia con un testamento posteriore, sia con un alienazione dei beni donati, in nulla nocerebbe all'effetto delle clausole di cui favelliamo: il creditore nelle cui mani stesse l'atto contenente la confessione del debito, il figlio, di cui il testamento (purchè autentico) stabilisse la filiazione, potrebbero sempre invocar questo titolo; chè, se dei legati son rivocabili, non lo è punto la confessione d'un debito o il riconoscimento d'un figlio; e l'atto sarebbe allora invocato, non come testamento, ma come scritto che stabilisse la filiazione o il debito.

In quanto ai legati, in quanto ai testamenti come testamenti, si posson sempre rivocare; e noi abbiamo già detto che qualunque clausola onde un testatore volesse a tal facoltà derogare e dichiarar nulla per innanzi la rivocazione che far potesse più tardi, sarebbe radicalmente nulla.

182. Vedremo più in là (articolo **1046, 1047**) come possa incorrersi nella rivocazione pel fatto del legatario e senza verun mutamento di volontà da parte del testatore.

§ 2.

Della caducità dei legati e del dritto d'accrescimento.

1039. [994]. Qualunque disposizione testamentaria sarà caduca, se colui, in favor del quale è fatta, non sia sopravvissuto al testatore **(1)**.

183. Un legato è *caduco* (da *cadere*) allorchè si trova senza effetto, comunque valido in sè e senza veruna rivocazione.

Sono quattro cause di caducità, la prima delle quali la premorienza del legatario, ci sono indicate dal nostro articolo e dai due seguenti. Il legato in fatti, non essendo durante la vita del testatore che un mero progetto e divenendo un atto di disposizione soltanto alla morte del disponente (V. articolo 895, n° II), ne segue che la persona la quale al momento di questa morte à cessato d'esistere non può più profittare di questa disposizione fatta dopo la sua morte, stantechè il nulla non può raccogliere ne profittare di checchessia; e siccome il legato, al pari dell'affezione che lo detta, è essenzialmente personale a colui cui vien destinato, non può, quando non è raccolto da

(1) Niuna divergenza è fra questi due articoli. *Il Trad.*

quest'individuo esserlo da alcun altro, divien caduco. Soltanto allorchè il legatario sopravvive al testatore, anche di pochi istanti, il legato appartiene ai primo e si trasmette con la morte di lui ai suoi eredi, legatari o altri successori; e, beninteso, a questi rappresentanti del legatario incomberebbe provare ch'egli à sopravvissuto (articolo 135-141. Senza dubbio secondo l'osservazione del Toullier (V—672), può benissimo il testatore, in vista della premorienza del suo legatario, dire ch'egli fa il suo legato « per Pietro o, in mancanza di lui, *pe' suoi eredi*; » e allora la premorienza di Pietro farà passare il legato ai suoi rappresentanti; ma non è da dire col Coin-Delisle (nº 3) esservi in questo caso derogazione alla regola generale per la volontà formale del testatore: qui evvi applicazione pura e semplice di questa regola generale, giacchè allora gli eredi sono essi stessi legatari e trovansi chiamati personalmente sotto la condizione che Pietro non raccogliesse altrimenti.

184. Se il legato fosse fatto a una persona morale o al titolare qualunque d'una carica (alla tal città, alla tale comunità, a colui che sarà sindaco del mio comune quando io morrò), seguirebbe mal sempre la regola ordinaria e si troverebbe caduco, se la persona morale o la funzione avesse cessato d'esistere; esempligrazia se la comunità fosse stata soppressa. — Non accade dire che, in difetto di espressioni categoriche, si deciderebbe a tenore delle circostanze se il legato fatto al sindaco, al curato, al giudice di pace della tal città s'indirizzi alla persona rivestita della funzione il giorno in cui parla il testatore, ovvero alla funzione medesima, ossia alla persona qualunque che la eserciterà il dì della morte.

1040. [995]. Qualunque disposizione testamentaria fatta sotto una condizione dipendente da un evento incerto, e tale, che nell' intenzione del testatore, questa disposizione non debba eseguirsi che quando seguirà o quando non seguirà l'avvenimento, sarà caduca, se l'erede istituito o il legatario trapassi prima d'avverarsi la condizione (1).

1041. [996]. La condizione, che nella mente del testatore sospende soltanto l'esecuzione della disposizione, non impedirà che, l'erede istituito o il legatario abbia un dritto acquisito e trasmessibile a' suoi eredi (2).

185. Quando il legato è sottomesso a una condizione, e questa condizione non è adempiuta prima della morte del testatore, non più per effetto della morte, ma per l'adempimento della condizione si apre e divien trasmessibile ai suoi rappresentanti il dritto del legatario.

Ma, beninteso, è duopo che l'avvenimento preveduto formi veramente una condizione, cioè che sospenda la disposizione medesima, rendendone dubbia l'esistenza; se l'avvenimento, senza rendere incerta l'esistenza del dritto, ne ritardasse soltanto l'esecuzione, allora, malgrado l'espressione inesatta dell'art. 1041, non sarebbe più una condizione, sarebbe un termine. In quest' ultimo caso il legato si aprirà sempre con la morte del testatore, e sebbene l'avvenimento non venga ad avverarsi che dopo la morte del legatario, il legato sarà stato dovuto a questo legatario fin dall'apertura della successione e da lui trasmesso ai suoi rappresentanti.

Sicchè tutto qui si riduce a sapere se il legato sia affetto da una vera condizione o solo da un termine; e non già in sè stesso deve il modo esser valutato e secondo la natura delle cose, ma unicamente nella volontà del defunto. Così, che il defunto abbia fatto a un giovine un legato di 10,000 fr. dipendente dalla morte di un vecchio, al quale egli lega una rendita vitalizia, si dovrebbe, considerando le cose assolutamente e in sè stesse vedervi una condizione, giacchè, se è certo che il vecchio morrà, è incerto se morrà vivente il legatario, onde l'avvenimento da cui dipende il legato si trova esser futuro e incerto, il che, ai termini dell'art. 1158-1111, costituisce la condizione (3). Ma ciò non basta: la volontà del testatore vuolsi seguire, e pertanto nel pensiero del defunto vuolsi vedere se l' avvenimento è stato o no una condizione. Ha il testatore riguardato la morte del legatario più attempato come un avvenimento preliminare che dovesse aprire il dritto del legatario più giovine; o piuttosto non à egli riguardata semplicemente questa morte come l'epoca in cui sarebbe pagabile il legato di 10,000 fr.? Tal sarà la quistione da risolvere, e si deciderà come ogni altra di questo genere, a norma de' termini del testamento ed occorrendo dall'insieme delle circostanze. Questa circostanza che un avvenimento futuro e incerto ben può formar qui condizione, è quella che spiega e scusa la redazione viziosa dell' art. 1041 996, la quale torna a dire: « L'avvenimento, che sarebbe una condizione giusta le regole ordinarie, ma benchè non sarebbe stata che un termine in ogni altro atto: *Dies incertus condictionem in testamento facit* (D., l. 35, I; 85)

(1 e 2) Niuna divergenza è fra questi due articoli *Il Trad.*

(3) Così i romani diceano che un epoca futura e non precisata faceva condizione nei testamenti,

che non è punto tale nell'intenzione del testatore . . . . »

Del resto, per l'applicazione dell'art. 1040, dee trattarsi d'una condizione possibile e lecita ; giacchè altrimenti la condizione si reputerebbe non iscritta (art. 9008-16).

1042. [997]. Il legato sarà caduco, se la cosa legata è totalmente perita durante la vita del testatore (1).

Sarà lo stesso, se è perita dopo la sua morte, senza la colpa dell'erede, benchè questi sia stato messo in mora di rilasciarla, quando avrebbe dovuto egualmente perire nelle mani del legatario.

SOMMARIO

I Seconda causa di caducità indicata dal comma 1.°: distrazione fisica o giuridica della cosa legata innanzi l'apertura del legato.
II. Il comma 2.° non prevede più un caso di caducità, e si trova onninamente inutile nel Codice.

I. — 186. Questo articolo c' indica col suo comma 1. la seconda causa di caducità, ossia la perdita dell'oggetto legato avvenuta vivente il testatore, o anche, nei legati condizionali, avvenuta dopo la sua morte, ma innanzi di avverarsi la condizione. L'articolo ben inteso, non intende parlare che di corpi certi e determinati (la tal cosa, i tali mobili, il tal cavallo ec), e non di cose legate *in genere* (una somma di . . ., un cavallo in generale ec) : dappoichè in quest'ultimo caso, l'obbietto del legato non può perire, *genera non pereunt*.

Sol quando la cosa è perita totalmente, il legato è caduco; se fosse perita in parte, il legato sarebbe soltanto diminuito. Così, quando Tizio vi à legato i legnami del suo cantiere e un incendio ne à consumati i tre quarti o più, ciò che rimane vi apparterrà; s'egli vi à legata la sua casa e questa trovasi in distruzione alla sua morte, voi prenderete il terreno e il resto dei materiali, chè questo terreno evidentemente facea parte del legato.

Ma può esservi filosoficamente e giuridicamente parlando annichilamento totale della cosa e caducità del legato comunque questa cosa, fisicamente e in fatto, esiste ancora in parte o anche in intero. Così, quando le assi legatevi da Tizio sono state tutte adoperate alla costruzione d'una nave, non vi son più assi, ma una nave, e il vostro legato non à più oggetto : se dopo la distruzione, fatta a disegno o avvenuta per caso fortuito, della casa che Tizio vi aveva attribuita, egli à fatto sgombrare e lavorare il terreno e lo à trasformato in giardino, in vigna ec, non v' è più nè edifizio nè terreno d' edificio, ma un immobile rurale che non è punto nè poco l' obbietto del legato. Diremo del pari che, se dopo aver legata una vigna, un prato, un giardino, il testatore à coverto il suo fondo di terra, d' una o più costruzioni, il legato è caduco per l'annichilamento giuridico della cosa legata ; stantechè non ci à più vigna, non giardino, non fondo di terra, ma soltanto degli edifizi. — Sarebbe la cosa altrimenti, beninteso, se dai termini positivi del testamento o dal senso che a questi termini desse l'insieme delle circostanze risultasse che il testatore à inteso attribuire al legatario la tal cosa, ad ogni evento, qualunque forma potesse questa rivestire e a qualunque uso potesse essere impiegata. Sicchè la quistione di caducità o d'efficacia potrebbe presentare secondo i casi una quistione d' intenzione, un punto di fatto.

187. Poco monta, per altro, che dal testatore medesimo o da altra persona qualsivoglia trovasi distrutta la cosa legata; chè non più la volontà del testatore, come nel caso di rivocazione produce qui l'inefficacia del legato, sibbene il semplice fatto dell'inesistenza dell'oggetto legato. Se però quegli, il cui fatto à reso caduco il legato fosse precisamente quegli che ne è divenuto debitore, s' egli avesse così agito fraudolentemente e il testatore l' avesse ignorato, pensiamo che sarebbe tenuto ai danni e interessi equivalenti, in applicazione del principio che, qualunque fatto che cagioni un danno obbliga colui per colpa del quale avviene a ripararlo ». (art. 1382 — 1336)

II. — 188. In quanto al secondo comma dell'articolo esso è nel codice inesatto quanto inutile. — Allorchè la cosa che fa l'obbietto d'un legato (non condizionale) si trova fisicamente distrutta dopo la morte soltanto del testatore, questo non è più checchè si dica il Coin—Delisle, un caso di caducità. Il legato caduco è quello che trovasi senza verun effetto ; ora il legato nel caso di che si tratta à prodotto al contrario il suo effetto pieno e intero, attesocchè à trasferita nel legatario la proprietà della cosa fin dalla morte del testatore. Se il legatario à poscia perduta la proprietà di questa cosa, non è soltanto per caducità, per una causa particolare ai legati; l' à perduta nè più nè meno che se l'avesse acquistata mercè compera, donazione, successione, permuta ; l'à perduta (lo stesso Coin — Delisle il riconosce senza scorgere la contraddizione in cui cade) per quel principio ben semplice, che la perdita d' una cosa cade sul suo proprietario, *res perit domino*. Or, se il legatario era *dominus rei* il legato avea dunque prodotto il suo effetto ; non era dunque caduco.

(1) Niuna divergenza è fra questi due articoli. *Il Trad.*

Ciò che diciamo della inesattezza di questo secondo comma ne fa vedere anche l'inutilità. Poichè il legatario perde allora la cosa, non per una regola speciale al caso di legato, ma per un principio generale e comune a tutti i casi possibili, non potea dunque questo comma essere che un applicazione del dritto comune; e la disposizione qui formolata per fissare i rapporti dell'erede o d' altri debitori del legato, rispetto al legatario non poteva essere che la regola medesima a cui è sottomesso ogni debitore d'un corpo certo nelle cui mani questo venga a perire; onde il nostro comma non è che una copia anticipata e compendiata dell'art. 1302-1256, che più innanzi spiegheremo.

Ciò che à indotto il legislatore a identificare questo caso con quello di caducità si è, che in effetti il risultato è lo stesso pel legatario; postochè il debitore di un corpo certo (in caso di legato come in ogni altro caso) è pienamente liberato tostochè non per suo fatto è il creditore privato dell'oggetto che doveva essergli consegnato. — Se ciò accadesse per suo fatto (eziandio senza sua colpa) il debitore non sarebbe punto liberato, e il legatario (come ogni altro creditore) avrà dritto al prezzo della cosa; tantopiù se vi fosse colpa di esso debitore. Tuttociò, del resto, sarà meglio compreso con la spiegazione dell'art. 1302.

1013. [998]. La disposizione testamentaria sarà caduca, allorchè l'erede istituito o il legatario la ripudierà o si troverà incapace di raccoglierla (1).

189. La legge qui ci presenta le ultime due cause di caducità dei legati, che sono: 3ª il rifiuto del legatario e 4° la sua incapacità di raccogliere; indi passa ai casi nei quali il legato caduco a fronte del tale legatario, si trova preservato da una caducità assoluta per l'accrescimento ammesso a favor d'un altro legatario.

La caducità di un legato, quando può giovare ad alcuno (perchè proviene non dalla distruzione dell'oggetto legato, ma da altra causa) giova naturalmente alla persona a carico di cui era messo (per lo più l'erede, talvolta un altro legatario) e che si trova eziandio dispensata dal soddisfarlo. Ma la cosa può esser diversa; e la volontà del testatore può attribuire a un altra persona, a un altro legatario, il benefizio della caducità. Questa volontà è formale nel caso di sostituzione volgare, ossia quando il testatore, facendo un legato a Pietro, dichiara che questo legato apparterrà a Paolo, se Pietro nol raccoglie (art. 898-936); essa esiste tacitamente o almeno è presunta dalla legge, quando il legato d'una medesima cosa è fatto congiuntamente a più legatari: la parte dell'uno, quando divien caduca, si accresce allora agli altri.

1014. [999]. Vi sarà luogo ad accrescimento in favor de' legatari nel caso in cui il legato sarà fatto a parecchi congiuntamente (2).

Il legato si reputerà fatto congiuntamente, allorchè lo sarà con una sola e medesima disposizione, e il testatore non avrà assegnata la parte di ciascuno dei collegatari nella cosa legata.

1015. [1000]. Si reputerà ancora fatto congiuntamente, quando una cosa, che non è suscettiva d' esser divisa senza deteriorazione, sarà stata donata con lo stesso atto a più persone, anche separatamente (3).

SOMMARIO.

I. Il dritto *di accrescere*, che meglio sarebbe appellato dritto di *non decrescere*, non può mai risultare che dalla chiamata a tutto l' oggetto legato. L' accrescimento avrà luogo ancora, all'infuori de' due casi preveduti dalla legge, se la chiamata al tutto risulti dai termini del testamento o dall'insieme delle circostanze.

II. Stabilimento di questa dottrina contro Proudhon da una parte, e dall'altra contro Grenier, Toullier, Duranton ec. Antica teorica delle congiunzioni.

III. I punti di sapere se un legato contiene o no un'assegnazione di parti e se l' oggetto legato e, o no, di natura da deteriorarsi con uno smembramento, sono quistioni di fatto che debbono decidersi giusta le circostanze e la cui soluzione sfugge alla cassazione: dissenso con la maggior parte degli autori e con la Corte suprema.

IV. L'accrescimento è forzoso pei legatari che àn raccolto. — Non trasferisce punto agli accettanti gli oneri imposti ai mancanti. — Si fa sempre a parti uguali fra tutti i legatari congiunti. — È trasmessibile agli eredi.

V. Nei legati d' usufrutto, l'accrescimento à luogo anche dopo che tutti i collegatari àn raccolto. — Dottrina contraria della generalità degli autori. — Confutazione.

I. — 190. Si è veduto nel titolo precedente che l'accrescimento (il cui nome è poco esatto, essendo piuttosto un *non decrescimento*) è il dritto di prendere in una successione in un legato una parte a cui si è chiamato, ma che non si sarebbe avuta, se tutti i cointeressati fossero venuti a raccogliere; esso è stabilito per l'erede o pel legatario, non già, diceva Cuiacio, *ut plus habeat*, sibbene *ne minus habeat*. Egli è chiaro in fatti che la premorienza, l'incapacità o il ripudio d' un coerede o d' un collegatario non può creare pe' suoi cointeressati un dritto che non avrebbero avuto primitivamente; che per raccogliere il tutto vuolsi essere chiamato a questo tutto, chiamata la quale non avrebbe il suo intero effetto, se tutti i chiamati raccogliessero, *quia concursu partes fierent*.

(1 2 e 3) Questi due articoli sono conformi. *Il Trad.*

Adunque, per sapere se vi à luogo all'accrescimento a favor d'un successore, convien riguardare se questo successore era chiamato *ad totum*... Pel successore *ab intestato* non v'è mai dubbio, dacchè un erede è sempre chiamato all'intera successione, *nemo pro parte haeres*; in guisa che l'accrescimento à sempre luogo per la mancanza del coerede (art. 786-703). Ma la cosa va altrimenti pel successore testamentario, pel legatario, sia universale, sia a titolo universale o particolare; chè altro dritto egli non à salvo quello che il testatore à inteso conferirgli; or questo testatore, chiamando, sia a tutti i suoi beni, sia ai suoi immobili, sia al tal bene particolare, due o tre legatari, à potuto voler attribuire a ciascuno un dritto a tutta la cosa (dritto il cui esercizio si modificherebbe col concorso dei cointeressati), come à potuto volere eziandio non dare a ciascuno di essi che un dritto a una frazione di questa cosa. — Sicchè l'intenzione del testatore vuolsi conoscere, per sapere se la caducità del legato fatto al tal legatario produca o no l'accrescimento pel suo collegatario.

Questa intenzione non sarà dubbia, e dovrà esser seguita qualunque essa sia, allorchè sarà formalmente espressa nel testamento. Ma siccome di rado ànno i testatori la cura di formolarla categoricamente, il Codice ad imitazione del nostro antico dritto e del dritto romano à esso stesso fermate delle presunzioni, a tenore delle quali l'intenzione di chiamare alla totalità sarà di pieno dritto presunta esistente nei casi che esso à preveduti. Vediamo ciò che dice su questa materia.

191. — « Vi sarà luogo ad accrescimento, dice l'art. 1044-999, nel caso in cui il legato sarà fatto a più persone *congiuntamente*. » Ecco il principio, la regola fondamentale, regola il cui senso è un po' oscuro, ma che, ad ogni modo, non avea duopo d'esser formolata nel Codice, dacchè torna a dire che vi sarà accrescimento quando diversi legatari saran chiamati, non già a cose diverse, non a parti distinte di una medesima cosa, ma tutti a questa cosa intera, per guisa che i vari legati abbiano veramente un solo e medesimo oggetto: in altri termini, quando questi più legatari son chiamati a tutta la cosa legata. Ma quando sono i legati fatti congiuntamente? Quando de' diversi legatari chiamati a una stessa cosa ciascuno è chiamato a questa cosa tutta intera? Qui sta la difficoltà, ed è questo il punto su cui il Codice ferma le presunzioni onde abbiamo favellato.

Il legato, dice il Codice, si reputerà fatto congiuntamente, ossia con chiamata alla totalità per ciascun de' legatari, quando lo sarà con una stessa disposizione e senza assegnazioni di parti: così: « lego il mio podere a Tizio e a Caio. » (art. 1044). Si reputerà eziandio fatto congiuntamente, quando il bene sarà stato legato a diverse persone con disposizioni separate, ma nel medesimo atto, e questo bene sarà di natura da non potersi dividere senza deteriorarsi; esempligrazia: « lego la mia casa di Sceaux (che non potrebbe smembrarsi senza perdita) a Tizio, » e più appresso, nello stesso testamento, « lego la mia casa di Sceaux a Caio » (art. 1045-1000). In ambi questi casi si presume di pieno dritto che il testatore abbia conferito a ciascun legatario un dritto alla totalità della cosa; un dei chiamati premuoia, o si trovi incapace, o ricusi di raccogliere, l'altro prenderà egli solo il podere o la casa; che i loro legati reputansi fatti congiuntamente ed esiste il dritto d'accrescere. Onde la circostanza che i legatari son chiamati in una sola e medesima clausola (pure quando si trattasse di un bene facilmente divisibile) o quest'altra circostanza che il bene attribuito a più persone in uno stesso testamento non potrebbe smembrarsi senza deteriorazione (pur quando i legati fossero separati) prova agli occhi della legge che il testatore à inteso chiamar ciascuno all'intera cosa.

In tutti gli altri casi possibili i legati non si presumono più di pieno dritto fatti congiuntamente, l'intenzione di chiamare ciascun legatario alla totalità (intenzione che produce l'accrescimento) più non si presume ed è duopo che sia provato o coi termini formali del testamento ovvero coll'insieme delle circostanze.

II. — **192.** Ma la dottrina che abbiam presentata e che sembra esser anche quella del Coin-Delisle (num. 3 e 13) non è punto nè poco seguita generalmente. Il Proudhon, fuorviato dalle tradizioni dell'antica giurisprudenza, è venuto a dare ai nostri due articoli un'interpretazione, ingegnosa per verità, ma inammessibile; e la maggior parte degli altri autori, pur rigettando il suo sistema e lasciando agli art. 1044 e 1045 il loro vero senso, cadono in un altro errore, insegnando che questi articoli limitano rigorosamente il dritto d'accrescere ai due casi ch'essi prevedono. Innanzi di svolgere ciascuna di queste due dottrine, tocchiamo un tratto degli antichi principi, la cui reminiscenza le à fatte nascere.

Un tempo, per decidere se v'era o no dritto d'accrescere fra più legatari, si riguardava (secondo le tradizioni romani più o meno ben comprese) se questi legatari si trovavano uniti, congiunti: 1° per l'oggetto legato e pe' termini del testamento ad una volta, *re et verbis* o 2° per l'oggetto soltanto, *re tantum*; o infine 3° pei soli termini, *verbis tantum* — Eravi congiunzione, *re et verbis*, quando i legatari eran chiamati a una *medesima cosa* con una medesima clausola del testamento e senza indicazione di parti: lego il fondo Corneliano a Tizio e

a Caio. « — Vi era congiunzione *re tantum*, *allorchè* questo legato d'una *medesima* cosa, fatto a più legatari senza assegnazion di parti, era loro indiritto con separate disposizioni: « lego il fondo Corneliano a Tizio » e altrove: « lego il fondo Corneliano a Caio. » — In fine avea luogo la congiunzione *verbis tantum* quando i legatari, chiamati con una *medesima disposizione*, avean delle parti distinte nella cosa: « lego il fondo Corneliano a Tizio e a Caio, ciascuno per metà. »

La congiunzione *re* non essendo altro che la chiamata di più legatari a uno stesso oggetto, ossia l'attribuzione virtuale a ciascun di essi dell'intero oggetto, produceva dunque sempre l'accrescimento, vale a dire, sia che fosse sola, sia che unita alla congiunzione *verbis*; onde vi era accrescimento e nella congiunzione *re et verbis* e nella congiunzione *re tantum*. In quanto alla congiunzione *verbis tantum* essa dava luogo a lunghe dispute; ma molti giureconsulti aveano adottato un opinione che consisteva in distinguere se l'assegnazione di parti cadeva sovresso la disposizione (lego il tal bene a Tizio e a Caio; ciascuno per metà) o soltanto sulla sua esecuzione (lego il tal bene a Tizio e a Caio da dividersi fra loro per metà.) Nel primo caso non v'era accrescimento; ma lo si ammetteva nel secondo, attesochè pensavasi che il testatore aveva inteso chiamare ancora ciascun legatario alla totalità e non aveva parlato di parti che nella previdenza della divisione forzata che risultar dovea dal concorso de' legatari. Come è aperto, ammettevasi in quest'ultimo caso l'accrescimento sol perchè sotto la congiunzione *verbis* si vedea celata una congiunzione *re*, di modo che questa congiunzione, alla quale conservavasi a torto in questo caso il nome di congiunzione *verbis tantum*, si trovava essere una congiunzione *re et verbis*.

Per la qual cosa distinguevasi: 1° la congiunzione *re tantum* che produceva l'accrescimento per la forza stessa delle cose; 2° la congiunzione *re et verbis* che producevalo a causa della congiunzione *re* che conteneva; 3° la congiunzione *verbis tantum*, che lo produceva talvolta, ma in virtù della congiunzione *re* che vi si trovava latente. Val dire che la congiunzione *re* produceva l'accrescimento in ogni caso e sempre e che la congiunzione *verbis* pure non lo produceva giammai.

193. Il Proudhon (*Usuf.*, cap. 13), togliendo a punto di partita queste idee, à data ai nostri art. 1044 e 1045-999 e 1000 una spiegazione che così si riassume: « L'art. 1044, supponendo un legato fatto a più persone, con una sola disposizione e senza assegnazion di parti, presenta evidentemente l'antica congiunzione *re et verbis*; e, non fa che riprodurre gli antichi principi, ammettendo l'accrescimento per questo caso. — L'art. 1045, quando parla d'una cosa legata a più persone *collo stesso atto*, vuol dire *con una stessa disposizione*, *con una sola frase del testamento*, e la parola *separatamente* vi è sinonima di *con assegnazioni di parti*. Prende dunque la congiunzione *verbis tantum*, quella su cui si facea un tempo un sì grave disputare; e tronca le dispute mercè una disposizione ben semplice: l'accrescimento avrà luogo se la cosa non può dividersi senza deteriorazione, non avrà luogo nel caso opposto. — Circa alla congiunzione *re tantum*, il Codice non ne fa parola, e non avea duopo di parlarne: è chiaro in fatti che questa congiunzione dee sempre produrre l'accrescimento; giacchè, se la congiunzione *re et verbis* lo produce, gli è unicamente per effetto della congiunzione *re* unita alla congiunzione *verbis*, e non mica per la forza di quest'ultima. Questa è una conseguenza mediata, ma necessaria, dell'art. 1044-999. — Sicchè, 1° per la congiunzione *re et verbis*, sempre accrescimento (per l'art. 1044); 2° per la congiunzione *re tantum* sempre accrescimento (per una conseguenza dell'art. 1044); 3° che in fine per la congiunzione *verbis tantum*, accrescimento allorchè la cosa non è divisibile senza deterioramento (per l'art. 1045). »

Tal è il sistema del Proudhon, che sembra esser pure quello del Demante (II — 427 e 429).

193 *bis*. Questo sistema ci sembra erroneo: e difermo, egli è impossibile per noi d'ammettere che nell'art. 1045—1000, le parole *collo stesso atto* significhino *colla stessa frase del testamento*, onde così fosse, non si avrebbe a tenere alcun conto del senso delle parole. Ei non è tampoco possibile ammettere che la parola *separatamente* significhi *con assegnazion di parti*; mercecchè l'accrescimento non può risultare che dalla volontà del testatore, dal dritto che egli à conferito all'intera cosa; or come riconoscere questo dritto alla cosa intera, quando il testatore à formalmente dichiarato che ad una frazione soltanto dava dritto? Esempligrazia, io ò legato la mia casa (che non potrà dividersi senza scapitare un poco del suo valore) a Pietro, a Paolo e a Luigi; *ma solamente per un terzo ciascuno*; come volete voi pretendere che ciascuno sia chiamato al tutto, e che, se due de' legatari mancano, il terzo avrà dritto all'intera casa?... Epperò i diversi autori àn rigettato questa interpretazione del Proudhon; tutti àn riconosciuto esservi nell'art. 1045 un legato fatto a parecchi non *con una sola clausola e con assegnazion di parti, ma con uno stesso testamento e in clausole separate*; àn riconosciuto che questo articolo ci presenta, non l'antica congiunzione *verbis tantum*, sibbene l'antica congiunzione *re tan-*

tum (1). Ma, pur proclamando che i nostri articoli non riproducono punto le antiche idee che Proudhon crede ritrovarvi, la maggior parte di questi autori restano tuttavia ligi a queste idee, che riguardano come costituenti i veri principî, ed ammettono che l'accrescimento non può rivocarsi da legatari che ne' due casi indicati dai nostri articoli.

Ma noi abbiam veduto al num. 1 non esser tale il senso della legge. E vaglia il vero, i due casi contemplati dai nostri articoli sono i soli ne' quali l'accrescimento possa aver luogo *per la presunzione della legge*; ma il Codice in niun luogo dice che sieno altresì i soli nei quali sia assolutamente possibile l'accrescimento. Dicono piuttosto il contrario i nostri due articoli. Essi cominciano dal dire che l'accrescimento avrà luogo ogni qualvolta un legato sarà fatto congiuntamente, e poscia indicano due casi in cui vogliano che il legato si reputi fatto congiuntamente; ora, dai casi in fuori ne' quali il legato di pieno dritto e per la presunzion legale, *si reputa* fatto congiuntamente, non restan forse tutti quelli in cui la congiunzione de' legatari, senza esser legalmente presunta, potrà essere stabilita in fatto?... Se, dopo aver legato il mio campo a Pietro, dico in un'altra parte dello stesso testamento o in un testamento posteriore che « lego il mio campo a Paolo, il quale vi avrà dritto congiuntamente con Pietro, » non è egli chiaro che qui saravvi congiunzione, non solo presunta come nei nostri articoli, ma certa ed evidente, e che l'accrescimento avrà quindi necessariamente luogo giusta il comma 1° dell'art. 1044 — 999, che lo ammette ogni qualvolta il legato è fatto a più persone congiuntamente?... Ed ora, la congiunzione e l'accrescimento che qui risultano da una espressa dichiarazione del testatore, potranno in altri casi risultare da altre circostanze; poichè il punto di sapere se vi à luogo o no all'accrescimento dipendo unicamente dalla volontà del testatore, come noi abbiamo stabilito e come tutti riconoscono, è questo dunque un punto di fatto, una quistione d'intenzione, che ai magistrati spetterà esaminare. In due casi questa intenzione si presume di pieno dritto, e i tribunali non potrebbero ricusare di proclamarla senza violar la legge, ma in tutti gli altri casi questi medesimi tribunali avranno da giudicare in fatto s'ella esista o pur no.

194. E, checchè possa dirsene, la regola del Codice sembra a noi più savia, più razionale del sistema cotanto matematico e assoluto del nostro antico dritto... Pietro in un primo testamento lega il suo patrimonio a Tizio e in un testamento posteriore dichiara legare il suo patrimonio a Caio: ecco due legatari chiamati allo stesso oggetto con disposizioni separate; sicchè sarebbe sempre una congiunzione *re tantum* e sempre si avrebbe luogo ad accrescimento. Ma chi vi dice che il secondo legato non sia al contrario nel pensiere del testatore una rivocazione del primo, per guisa che il legato di Tizio dovesse sempre esser nullo, benchè quello di Caio fosse caduco?... chi vi dice ancora che il testatore non abbia inteso trasformar la prima disposizione in semplice legato a titolo universale, non dando a ciascun de' due legatari che un dritto alla metà de' suoi beni? Parimenti pe' legati particolari quando il testatore attribuisce a Tizio il podere che aveva attribuito a Caio con un testamento precedente, può darsi senza dubbio ch'ei voglia conferire a ciascun di essi un dritto all'intera cosa, ma può darsi eziandio che intenda chiamar ciascuno alla sola metà del bene, o in fine che voglia rivocar completamente il primo legato. Come volete voi decidere quistioni d'intenzione con regole generali assolute e così fatte *a priori*? Dal contesto de' testamenti, dall'insieme de' fatti possono simili quistioni giudicarsi; e se avessimo un rimprovero da fare alla legge, sarebbe di aver lasciato sussistere ancora per due casi queste regole generali, le quali sotto pretesto d'assicurar contro l'errore del giudice l'intenzione dei disponenti, spesso riescono nè più nè meno che a violare questa intenzione.

Ad ogni modo la legge è formale per questi due casi, convien seguirla. Ma, da questi in fuori, più non vi saranno che quistioni di fatto.

III. — 195. Quistioni di fatto egualmente sono quelle di sapere se un legato fatto a più persone contenga o no un'assegnazione di parti e se l'oggetto legato sia o no di natura da deteriorarsi con una divisione. — Circa alla quistione di deteriorazione la cosa è patente; spetta ai magistrati decidere se la divisione dell'oggetto gli cagionerebbe uno scemamento di valore, e le corti d'appello sarebbero sovrane su questo punto. — Nè è men chiara la cosa, quando maturamente la si consideri, per la quistione d'assegnazion di parti, avvegnachè la corte suprema abbia per lungo tempo applicata una dottrina contraria. Infatti, quando una Corte d'appello, valutando i termini usati dal testatore, à deciso che questi termini contengano una assegnazione di parti e pertanto à ricusato l'accrescimento, questa Corte à potuto mal giudicare, ma non à certamente potuto violare alcuna regola del Codice: e sì la legge ordina di ammettere l'accrescimento nel tal caso, quando non v'è assegnazion di parti; la Corte à ricusato l'accrescimento, ma giudicando, a dritto o a torto che l'assegnazione di parte esiste-

(1) Grenier, num. 350; Toull. e Duverg., v. 688. Duranton, IX — 508; Delvinc.

va; non à dunque altrimenti violata la legge. Per la qual cosa noi non sappiam comprendere come vi sieno potuto essere annullamenti d'arresti su un tal punto (1).

Senza fallo, è una quistione, quistione altamente controversa, quella di sapere se sia da riconoscere l'assegnazione di parti, quando l'indicazione della divisione si trova non nella parte della frase, che crea il dritto de' legatari, sibbene in quella che prevede l'esecuzione di cotal dritto; ma questa quistione è tutta di fatto, e la Corte suprema mostrasi dimentica della sua missione quando si occupa di deciderla; chè questa cura alle Corti d'appello s'appartiene. Diciamo che la quistione è controversa. E per fermo, quando il testatore, in cambio di dire: « lego il fondo Corneliano a Pietro e a Paolo a parti uguali, » à detto: « lego il fondo Corneliano a Pietro e a Paolo per dividerselo a parti uguali, » il Toullier (n° 691), il Favard (v° *Testam*) e il Duranton (n° 505, 507) insegnano non esservi in questo caso assegnazion di parti, atteso che le parole *a parti uguali*, in luogo di cadere sulla parola *lego*, sull'attribuzione del dritto, sovr'essa la disposizione, cadono sulle parole *da dividerselo*, ossia sull'esecuzione soltanto della disposizione. Havvi allora, si dice, due membri di frase: il secondo che prevede l'esecuzione del legato e che suppone naturalmente il concorso de' legatari, indica bensì la divisione a cui questo concorso darà luogo, *concursu partes fiunt;* ma il primo, quello che costituisce il legato, nulla contiene di simile; onde è vero dire che questo legato è fatto senza assegnazione di parte. La qual dottrina è del resto consacrata dai tre arresti di cassazione su citati. Al contrario, il Delvincourt, il Proudhon (*Usuf*, n° 703, 720), il Dalloz (cap. IX sez. 4) e il Vazeille (art. 1044, n° 4), dicono che l'art. 1044-999, esigendo il fatto delle assegnazioni delle parti per ricusare l'accrescimento, non prescrive il modo di quest'assegnazione, e che, tosto che l'indicazione delle parti è scritta, sia al principio, sia alla fine della frase, non si può dir che non vi sia assegnazion di parti.

In quanto a noi, siam di credere col Coin-Delisle (n° 7) che si à torto nei due campi di voler risolvere la quistione in un modo assoluto; atteso che la è una quistione d'intenzione, la quale può quindi dalle circostanze soltanto decidersi. E per fermo, come si vuole che un mercatante, un coltivatore ed eziandio un qualunque uomo del mondo ravvisi una differenza così capitale tra « lego i miei beni a Pietro e a Paolo per dividerseli per metà » e « lego i miei beni a Pietro e a Paolo metà per ciascuno? » Non sarebbe forse questa differenza per quando vera si supponga, impossibile a cogliere pe' nove decimi de' cittadini? Poichè qui tutto sta nell'intenzione, lasciate dunque che il giudice di ciascun fatto particolare valuti questa intenzione secondo il grado e il genere d'istruzione del testatore, secondo la maggiore o minor precisione ordinaria delle sue redazioni, e massime del suo testamento, secondo il ragguaglio delle varie parti di questo testamento; a dir breve, secondo il complesso delle circostanze, e guardatevi dal qui fermare *a priori* una regola inflessibile che sarebbe falsa novantanove volte sopra cento (2).

IV. — 196. Ei ne sembra che in generale non si sia sufficientemente compreso questo gran principio, che l'accrescimento altro non è in realtà che un non decrescimento; che è stabilito, come si ben dicea Cuiacio, non già perchè il legatario *abbia più* di ciò che gli era donato, ma perchè *non abbia meno*; e che esso è semplicemente la conseguenza del fatto che ciascuno de'diversi legatarii avea dritto alla totalità della cosa legata. Se quest'idea razionale, la sola che possa fra noi offrir una base alla teoria dell'accrescimento, fosse ben colta, basterebbe per risolvere in un modo facile e soddisfacente le varie quistioni a cui questa materia può dar luogo, quistioni che spesso si à il torto di voler decidere con regole romane scritte in diverse epoche, per materie diverse e con vedute talora contraddittorie.

Così si ammette generalmente esser l'accrescimento facoltativo per colui che trovasi chiamato a raccoglierlo. Un bene è stato legato congiuntamente a Pietro e a Paolo; Pietro accetta e prende una metà, lasciando l'altra metà pel suo collegatario; ma questi ricusa: potrà Pietro attenersi alla metà che avesse presa dapprima e ricusar d'unirvi la seconda? no a creder nostro; giacchè Pietro era chiamato al tutto, il suo legato avea per oggetto il bene tutto quanto; ed accettando il legato, tutto quanto il bene à egli accettato.

Così ancora, si domanda se l'accrescimento imposto a colui, a favor del quale s'adempie gli oneri onde si trovava gravato il mancante. Il testatore avea detto: « lego il mio podere a Pietro e a Paolo, a condizione, che quest'ultimo paghi a N. una rendita vitalizia di 200 fr; » la circostanza che Pietro prende egli solo il podere per la caducità del legato di Paolo, obbliga forse il primo a pagar la rendita? Il Toullier (n° 695), il Proudhon (*Usuf*, n. 643) ed altri dopo di essi rispondono affermativamente; ma a noi, come al Delvincourt e al Duranton (n. 517) sembra certa la negativa. E infatti, al so-

(1) Cass. 18 ott. 1808; 14 mar. 1815; 18 dic. 1833 (Dev, 33, 1, 36).

(2) V. Tolosa 31 lugl. 1828; Rig. 19 genn. 1830.

lo Paolo era imposto l' onere del pagamento di questa rendita; s' egli avesse raccolto, sia pel tutto (in conseguenza della caducità del legato di Pietro), sia per metà, sarebbe stato tenuto a soddisfar quest' onere; ma, essendo Pietro chiamato, e chiamato al tutto, senza alcun onere, è chiaro che nulla si avrà da domandargli. Perchè altrimenti fosse, sarebbe duopo che l'onere, in cambio d' essere imposto soltanto al legatario che viene a mancare, fosse creato congiuntamente come il legato medesimo. Così quando io dico: « lego il mio podere a Pietro e a Paolo, a patto di pagare una rendita di 200 fr. a N.. » allora l' onere non è imposto più a Paolo che a Pietro, lo è congiuntamente e cade per l' intero su ciascun legatario; se ciascuno viene a prender la metà del podere, ciascuno pagherà la metà della rendita; se un solo, in difetto dell' altro, prende l'intero fondo, pagherà intera la rendita. In una parola, a quella guisa che l' accrescimento non fa mai ottenere al legatario altro che ciò cui *ab initio avea* dritto, senza poter mai procacciargli quello a cui non era personalmente chiamato, medesimamente non può mai trasferir su di lui gli oneri creati per altri ed ai quali non era personalmente sottomesso.

197. Si domanda ancora, nel caso in cui l'accrescimanto dee giovare a più collegatarii, in qual proporzione e secondo quali regole dovrà fra loro ripartirsene il beneficio. Il testatore à detto in un primo testamento: « lego il mio fondo di Choisy a Pietro, a Paolo e a Filippo, » indi in un testamento posteriore à detto: « lego il mio fondo di Choisy a Giacomo, a Giovanni e a Giulio, che lo prenderanno congiuntamente con Pietro, Paolo e Filippo (1). » Pietro non raccoglie: come si dividerà il fondo tra gli altri cinque?

Parecchi giureconsulti, segnatamente il Duranton (n.° 515), dicono che Paolo e Filippo essendo congiunti col mancante non solo per la cosa, ma altresì pe' termini, laddove gli altri tre legatarii il sono per la cosa soltanto, i primi àn la preferenza su questi; che essi soli profitteranno della mancanza di Pietro prendendo insieme una metà del fondo (un quarto ciascuno), laddove gli altri tre avranno insieme la rimanente metà (un sesto ciascuno); e che non potrebbe esservi accrescimento per Giacomo e consorti, se non mancassero al par di Pietro Paolo e Filippo. Noi non esitiamo a respingere siffatta dottrina. E in vero sieno i legatari congiunti *re et verbis simul* o lo sieno *re tantum*, i loro dritti son pur sempre gli stessi, ciascun di loro è pur sempre chiamato a tutto il bene legato, e poichè ciascuno è chiamato al tutto, poichè ciascuno à un dritto uguale a quello di tutti gli altri, ne segue che, qualunque sia il numero degli accettanti, verranno sempre tutti per uguali porzioni: ciascuno prenderà un quinto nella nostra specie,

Domandasi in fine se il dritto all' accrescimento sia trasmessibile agli eredi. Così sono stati legati 30,000 fr. a Pietro, a Paolo e a Filippo; Pietro muore dopo aver accettato (o almeno senza aver ricusato, e trasmettendo quindi il legato al suo erede); Paolo accetta ugualmente dopo Pietro e più tardi Filippo ricusa: si dirà mai che, essendo Pietro morto e Paolo solo vivente al momento in cui divien caduco il legato di Filippo, pel solo Paolo è possibile l'accrescimento, in guisa che egli avrà 20,000 fr. non potendo l' erede di Pietro avere che i 10,000 fr. stati raccolti dal suo autore? No di fermo: Pietro à raccolto il suo legato, il suo dritto, e lo à trasmesso al suo erede (art. 1014 — 968); or questo legato era come quello di Paolo e quello di Filippo, un legato a tutta la cosa, ai 30,000 fr; adunque l'erede di Pietro à dritto ai 30,000 fr. non altrimenti che Paolo, e poichè pel rifiuto di Filippo fassi fra due e non fra tre la divisione, Paolo e l'erede di Pietro avranno dunque 15,000 fr. ciascuno.

198. Come si vede, queste diverse soluzioni sono conseguenze semplicemente di questo evidente principio, che ciascuno dei legatari congiunti è chiamato alla totalità della cosa legata e che appunto in questa chiamata al tutto consiste la congiunzione.

V. — 199. Un ultimo punto ci rimane di trattare su questa materia dell'accrescimento, punto delicato e che consiste in sapere se nei legati di *usufrutto* l' accrescimento sia ancora possibile dopo che tutti i legatari congiunti àn raccolto. Così è stato legato congiuntamente a Pietro e a Paolo l' usufrutto d' un fondo, Pietro e Paolo ànno entrambi raccolto il legato, ciascuno di essi è stato messo in godimento di una metà del fondo; e dopo un anno o due Paolo viene a morire. In tal caso, prenderà Pietro fino alla sua morte l' usufrutto dell' intero fondo, ovvero la parte di godimento che aveva il legatario defunto andrà immediatamente a unirsi alla nuda proprietà?

Il dritto all'accrescimento in favor del collegatario, era sempre stato riconosciuto nel dritto romano e nel nostro antico dritto. Ma i nostri autori moderni, tranne il Coin-Deliste, àn-

(1) Aggiungiamo queste ultime parole, affinchè non si possa nel secondo legato veder la rivocazione del primo. Ma il risultato sarebbe pur sempre lo stesso quando quei nomi non vi fossero, tosto che si riconoscesse in fatto non esser mica una sostituzione del secondo al primo legato, sibbene una congiunzione *re tantum* di questi tre nuovi legatarii cogli altri tre.

no insegnato esser questa decisione inammessibile sotto il Codice. « Il principio fondamentale in questa materia dicono, è che l'accrescimento non è possibile che per le parti caduche, per le parti che punto non si raccolgono. Se un tempo era altrimenti in caso d' usufrutto, era per eccezione, per una regola particolare che consisteva in riguardar l' usufrutto come un complesso di dritti quotidiani succedentisi gli uni agli altri, cotalchè vedeansi in un legato d' usufrutto tanti legati distinti per quanti giorni vi erano nella durata del dritto: *usus fructus quotidie constituitur, quotidie legatur*. In questo modo, e poichè il dritto di ciascun giorno formava l'obbietto d' un legato speciale, ne segue che vi era caducità, (in qualunque epoca morisse un de'collegatari, ancorchè lunga pezza dopo aver raccolta la sua parte d'usufrutto) e pertanto accrescimento per tutti i legati delle giornate posteriori alla sua morte. Or non essendo in niun luogo del nostro Codice riprodotta questa sottigliezza romana, l'eccezione adunque più non sussiste (1).

Noi punto non adottiamo questa dottrina; a noi sembra evidente che la decisione del dritto romano e del nostro antico dritto debba tuttora mantenersi: che la sottigliezza di cui ei appunta la legge romana non costituiva altrimenti, come si crede, la ragion di decidere, ma una semplice *spiegazione* a cui è agevole costituirne un' altra affatto naturale, e che il preteso principio che si toglie a sostegno non è mica un principio, ma un' idea secondaria, vera pei legati di proprietà, falsa pe' legati di usufrutto.

200. E per fermo, quando il legato fatto a due persone attribuisce a ciascuna lo stesso bene per intero, queste persone saranno evidentemente sottomesse a un *decremento* inevitabile del loro dritto, se raccolgono entrambe: che se l'una viene a mancare, l' altra avrà intatto il suo legato, e questo chiamano (a torto) *accrescimento*. Ciò posto gli effetti del legato saranno ben diversi secondo che l'oggetto legato sarà la proprietà o l'usufrutto.

Se si è legato un podere a Pietro e a Paolo ed entrambi vengono a raccogliere, l'accrescimento non avrà luogo per verun de' due, ciascuno sarà ridotto alla sua metà: e vi sarà ridotto non solo per al presente, ma *per sempre*. Che Paolo, due anni, un anno od otto giorni dopo aver raccolto venga a morire, il dritto che à raccolto passerà al suo rappresentante, e la presenza di questo rappresentante, qual che egli sia, farà ostacolo all'accrescimento del dritto di Pietro come farebbe la stessa presenza di Paolo; i rappresentanti successivi di Paolo (eredi, legatari, donatari, compratori o altri) continuando ad avere a perpetuità la proprietà che egli stesso avea sulla metà del fondo legato, Pietro si trova a *perpetuità* nell'impossibilità di veder estendere il suo legato sull'intero fondo. Sicchè si à ragione di dire che l'accettazione di tutti i collegatari renda l' accrescimento impossibile (nei legati di proprietà) assolutamente e per sempre. Ma come si scorge, non è questo altrimenti un principio, una proposizione fermata a *priori* dal legislatore, al contrario è una conseguenza, un risultato della forza delle cose: per guisa che già si trova falso il punto di partita de' nostri avversari, vien loro meno proprio la base dell'argomentazione. Passiamo ora al legato di usufrutto. — Si è legato a Pietro e a Paolo congiuntamente e a ciascuno per l' intero l'usufrutto d' un fondo: se Paolo raccoglie con Pietro, è chiaro che questi non può prendere per al presente che la metà dell'usufrutto, che in quanto al presente l' accrescimento è impossibile, e che sarà impossibile fintanto che Paolo sia in vita; ma, se Paolo venga a morire prima di Pietro, se il dritto di Paolo (dritto che gli è qui onninamente personale e non può passare ai suoi rappresentanti) venga a estinguersi, chi mai può fare ostacolo sì che il dritto di Pietro non si eserciti nel suo intero, che Pietro non abbia fino alla sua morte l'usufrutto dell'intero fondo?... Il testatore avea detto a Pietro: « voglio che tu abbia fino alla tua morte l'usufrutto di tutto il mio fondo; » questa volontà per la presenza di Paolo si è qui trovata impossibile a praticare; ma, poichè è possibile oramai, qual ragione, qual pretesto si avrebbe per non attuarla?

Laonde: 1° il principio fondamentale che s' invoca non esiste punto; cotesto preteso principio è la mera conseguenza d' un' impossibilità di fatto, e quest' impossibilità non s' incontra in caso d' usufrutto; 2° la sottigliezza di cui si è menato tanto rumore e che si presenta come quella che sia il nostro mezzo di decisione, non à anzi nulla a che fare nella quistione; 3° la soluzione che si presenta come una eccezione a un principio immaginario, trovasi esser per l' opposto l' applicazione di questo principio ben reale e veramente fondamentale, che, quando nulla osti, convien seguire la volontà del testatore. (2)

(1) Merlin (*rep. v. usufr.* § 5. art. 1); Grenier n. 353; Toullier, V. — 699; Delvincourt, Proudhon, *usuf.* n. 675; Favard v. Testam. sez. 3 § 3, Vazeille art. 1044 n. 11, Bugnet au Pothier VIII. p. 325.

(2) *Conf. Rep. del j. du P..*, v *Sost.* tit. 3 cap. 1. sez. 4; Aix 11 luglio 1838; rig. 1. luglio 1841 (Dev. 39, 2, 46; 41, 1, 851). — I motivi del secondo arresto sono insignificanti; La camera dei ricorsi da cui esso emana si fonda su questo, che nella specie il dritto non era realmente un accrescimento, ma un non decrescimento; or, come si è veduto, in tutti i

§ 3.

Della rivocazione incorsa pel fatto del legatario.

1016. [1001]. Le stesse cause che, secondo l'art. 954 e le due prime disposizioni dell'art. 955, autorizzeranno la domanda di rivocazione della donazione tra vivi, saranno ammesse per la domanda di rivocazione delle disposizioni testamentarie (1).

1017. [1002]. Se questa domanda è fondata su un'ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, debb'essere intentata fra l'anno a contare dal giorno del delitto (2).

SOMMARIO.

I. Quattro cause di rivocazione. — Durata dell'azione in questi vari casi; dissenso col Duranton. Il perdono del testatore renderebbe inammessibile l'azione fondata sull'ingratitudine.
II. Niuna causa di rivocazione può aggiungersi a quelle che indica il testo. La rivocazione del resto, à necessariamente un effetto retroattivo.

I. — 201. Avvegnacchè le disposizioni testamentarie divengano per principio irrevocabili con la morte del testatore, la legge à tuttavia permesso di farne pronunziare la rivocazione nei casi in cui à pensato che il testatore le rivocherebbe, se ancora esistesse. Lo permette primamente (art. 1046 — 1001) ed è naturale, per le cause che autorizzerebbero la rivocazione anche d'una donazione tra vivi. Così, il legato potrà esser rivocato: 1° per inesecuzione delle condizioni, ossia degli oneri imposti ai legatari (art. 954 — 879); 2° per attentato del legatario alla vita del testatore (articolo 955 1° — 880), 3° per sevizie, delitti o ingiurie gravi di questo stesso legatario contro il suo benefattore (art. 955 2° — 880). In quanto all'ultima delle cause indicate per le donazioni dall'art. 955, il rifiuto d'alimenti, è chiaro che non poteva esserne quistione qui; giacchè, non divenendo il legato atto di disposizione che con la morte del testatore, che sola compie la liberalità, il legatario non à mai potuto, a questo titolo dover degli alimenti all'autore della disposizione. Ma un'altra causa di rivocazione, la quale non esiste mica per le donazioni, s'aggiunge qui a quelle che dianzi abbiamo indicate, il che ne fa egualmente quattro: vogliam dire 4° l'ingiuria grave verso la memoria del testatore (art. 1047 — 1002).

Il Codice ci dice che in quest'ultimo caso l'azione non sarà ricettibile che per un anno dal giorno del delitto; e noi crediamo, contrariamente al Duranton (IX — 480) che non si può andare al di là e aggiungere, per analogia coll'art. 957 — 882: « o dal giorno in cui il delitto fosse stato conosciuto dagli eredi. » E per fermo, trattasi d'una pena inflitta all'ingratitudine; e le pene non si estendono per analogia. Senza dubbio il legislatore avrà d'altronde pensato che un'ingiuria grave fatta alla memoria d'una persona suppone necessariamente un fatto che abbia una certa pubblicità, e che basterà sempre agli eredi un anno per venirne in cognizione, per deliberare sul proposito e intentar l'azione.

202. Indicandoci la durata dell'azione per questo caso particolare, la leggo non l'esprime punto pe'casi preveduti dall'art. 1046 — 1001. Da questo silenzio noi inferiamo che siffatti casi rimangono sotto il dritto comune; che l'azione durerebbe trent'anni nel caso d'inesecuzione degli oneri; e che, nel caso di misfatto o delitto, avrebbe la medesima durata dell'azione principale per questo misfatto o delitto. Il Duranton, anche qui, tiene una diversa opinione (num. 479) e vuol tuttavia che l'azione sia annale per analogia coll'art. 957-882. Ma i lavori preparatori del Codice non permettono di adottar la sua decisione. E vaglia il vero, il progetto conteneva il rinvio dall'art. 1046 (allora 134) all'art. 957 (allora 63) pei casi di misfatto o delitto; la sezione di legislazione tolse via il rimando pei delitti, e lasciò sussistere l'azione annale nel suo articolo (divenuto il 123) unicamente pel caso di omicidio; ma nella discussione del consiglio di stato, quest'ultima disposizione fu anche soppressa sull'osservazione del Treilhard e del Tronchet « che sarebbe contro l'ordine di lasciar che un assassino si godesse le spoglie della sua vittima sol perchè durante un anno non fosse stato ricerco, e che l'azione aver debbe *la medesima durata dell'azione di repressione del reato*: (Fenet art. 154 e art. 122 e 123). »

203. Del rimanente, non sarebbe più ricettibile l'azione, neppure dopo men di un anno dalla data del delitto o misfatto, se il testatore avesse perdonato al colpevole, chè, essendo la rivocazione fondata sulla presunzione che il testatore rivocherebbe egli, se ancor vivesse, lo è chiaro che la rivocabilità cadrebbe con la presunzione che ne fa la base, ove fosse stabilito in fatto che il testatore à rimessa la colpa più o men grave commessa contro di lui.

II. — 204. Per altro, non accade dire che la rivocazione non potrebbe mai esser pronunziata per cause diverse da quelle indicate dai nostri articoli. Questa è una materia rigorosa, cui non è permesso estendere al di là dei limiti tracciati dalla legge: non basta vi sia

casi, sì per la proprietà e sì per l'usufrutto, l'accrescimento non è che un non decrescimento.

(1 e 2) Questi due articoli sono conformi. *Il Tr.*

probabilità che il testatore rivocherebbe se vivesse; è forza si sia in un dei casi in cui il legislatore, sul fondamento di questa probabilità, à permessa la rivocazione. — Così, che un testatore, il quale crede morir senza figli, lasci incinta la sua vedova: la nascita postuma del figlio non potrebbe far rivocare il legato, comecchè rivocherebbe di pieno dritto una donazione tra vivi (art. 960 — 885); potrebbe solo esservi luogo a riduzione. — Così ancora, sebbene la deficienza di denunzia dell'omicidio del defunto elimini dalla successione l'erede legittimo (art. 727 3° — 648), il legatario non potrebbe, per la medesima causa, esser privato del suo legato, almeno assolutamente, solo potrebbe esserlo, ove le circostanze facessero decidere in fatto che il manco di denunzia à costituito un ingiuria grave alla memoria del testatore.

Parimenti non accade dire che la rivocazione pronunziata avrebbe un effetto retroattivo, il quale farebbe reputare il legatario indegno non istato mai legatario, così come l'indegnità dichiarata d'un donatario o d'un erede fa che legalmente non sieno mai stati nè erede nè donatario (art. 729 e 958 — 652 e 883). L'indegnità, una volta accertata, fa considerare il dritto dell'indegno come non mai esistito, salvo soltanto, come si è veduto, in quanto concerne i terzi acquirenti (1).

CAPITOLO VI.

DELLE DISPOSIZIONI PERMESSE IN FAVORE DEI NIPOTI DEL DONANTE O TESTATORE O DEI SUOI FRATELLI E SORELLE.

205. Si è veduto sotto gli art. 896 e 897 che fra noi chiamasi *sostituzione fedecommessaria* o semplicemente *sostituzione*, la clausola con cui i donanti impongono alla persona cui gratificano l'onere di conservar l'oggetto donato fino alla sua morte, per trasmetterlo allora ad uno o più individui cui pertanto i disponenti gratificano in second' ordine; — che fino al 1560 coteste disposizioni eran permesse sino al decimo grado di sostituzione; — che l'ordinanza del 1560, confermata da quella del 1747, le ridusse a due gradi di sostituzione; che la legge del 14 sett. 1792 le inibì onninamente; — che il Codice civile, il quale mantiene in principio questo divieto, è stato ancor più severo della legge del 1792, dichiarando nulla insieme alla sostituzione, la disposizione principale che la contiene; ma che, *à arrecato una eccezione* a questo principio di nullità, autorizzando coll' art. 897 la sostituzione a favor dei nipoti *ex patre* o *ex fratre*, maschi o femmine, del disponente, val dire a favore de' figli d'un donatario o legatario che sia egli stesso figlio o fratello (o sorella) del disponente; — che in fine la legge del 17 maggio 1826, *che aveva ampliata questa eccezione*, è stata ultimamente abrogata con la legge dell'11 maggio 1849.

Questa *eccezione* al principio di nullità, eccezione annunziata dall'art. 897 e svolta dagli art. 1048 e seg., è quella che abbiamo qui da spiegare. Ci faremo a studiare: 1° gli art. 1048 a 1050, per vedere quali sostituzioni sieno permesse, toccando delle due leggi del 1826 e del 1849, la seconda delle quali abolisce la prima e così ci ripone sotto le regole del Codice Civile; — vedremo 2° quali sono i dritti del gravato e dei chiamati, le cause e gli effetti dell'apertura delle sostituzioni; — 3° le misure prese dalla legge nell'interesse dei chiamati; — 4° le misure prese nell'interesse dei terzi.

La recentissima pubblicazione del *Commentario sulle donazioni e su' Testamenti* del Troplong ci offre l'opportunità di qui riportare ciò che il dotto scrittore dice intorno alle sostituzioni (num. 86 e 5.)

Il Codice Napoleone proibisce le sostituzioni. Era già una delle grandi difficoltà del dritto francese quell'immensa materia delle sostituzioni, sviluppata eccessivamente sotto l'influsso del principio feudale, mantenuta dalla domestica vanità e fatta ispida di tutte le sottigliezze della scienza scolastica. Ei non ci sembra punto necessario discutere oggidì a fronte del movimento democratico della nostra società, se l'abolizione delle sostituzioni pronunziata dalla legge del 25 ott. e 14 nov. 1792 e confermata dall'art. 896 C. Nap., sia stato un benefizio per la Francia; chè su tal quistione non àvvi più discrepanza di opinioni. L'abolizione delle sostituzioni potè parere un colpo ardito alla generazione che non ne aveva altrimenti fatto saggio; ma l'esperienza di mezzo secolo à dimostrato all'epoca attuale gl'immensi vantaggi d'un regime di libertà che lascia la proprietà al suo legittimo movimento, che ne fa una seria guarentigia pel credito, e un patrimonio assicurato a ciascun membro della famiglia. Le sostituzioni erano un enorme ostacolo allo svolgimento della ricchezza pubblica. Aveano senza dubbio un certo vantaggio di conservazione; ma anteponevano una sterile immobilità al movimento fecondo che dà la vita agl' interessi economici. Favorivano talune famiglie; ma nocevano al bene generale. Conservavano i beni; ma non conservavano punto il credito, la buona fede, la sicurezza e l'attività negli affari. Pretendeano impedire che le terre sostituite andassero perdute in altre mani; ma non impedivano che i proprietari di quelle si perdes-

(1) Dijon, 9 giu. 1845; Rej., 22 giu. 1847 (Devill., 47, 1, 673.

sero ne' debiti e perdessero l'onore col non pagarli.

Voltaire racconta che, avendo un cappellaio presentato il suo conto a un duca e pari per esser pagato delle fatti somministrazioni, questi gli disse: « *Est ce que vous n'avez rien reçu, mon ami, sur votre partie?* — *Je vous demande pardon monseigneur, j'ai reçu un soufflet de monsieur votre intendant.* » Questa non è che una celia, è pertanto un'esagerazione; ma troppo è vero che i gran signori d'allora facevano debiti e non li pagavano, in grazia del regime delle sostituzioni, e che con una mascherata decozione sosteneano, come dicessi in quel tempo, il lustro del casato. « Un gran signore, diceva Montesquieu, è un uomo che vede il re, che parla coi ministri, che à degli antenati, *dei debiti* e delle pensioni. » Or questo gran signore avea pure delle sostituzioni nella sua casa; e per tal modo i suoi debiti si conservavan sempre, spesso s'aumentavano e non si pagavano mai. A dir breve, le sostituzioni sottraevano alla circolazione valori considerevoli; teneano il suolo in una inerzia esiziale; toglieano al credito una guarentigia immobiliare delle più rilevanti. Non è a dire a qual segno à guadagnato la proprietà coll'esser sollevata da quell'oppressione, quanti benefizi ne à ritratti l'agricoltura, quanto pro ne è tornato al commercio. — Epperò non credo punto che l'autore dello *spirito delle leggi* abbia porte le cose sotto tutti i loro aspetti, quando à detto chè « le sostituzioni sono utili nel governo monarchico, benchè non convengano negli altri; che, comunque sieno un incaglio al commercio, questo è un inconveniente peculiare alla nobiltà, che sparisce a fronte dell'utilità generale che esse procacciano. » Io non ammetto questi aforismi che con talune precauzioni. E di fermo, Montesquieu aveva sott'occhio la monarchia dell'antico regime e nelle combinazioni di quel governo attinge la sua proposizione. Guardando la cosa più addentro, avrebbe egli potuto vedere che il fallace splendore delle fortune sostituite non dava altrimenti al trono il suo più saldo appoggio e alla nobiltà la sua forza più reale. Qual'è dunque l'interesse essenziale della monarchia a por sua base in ampi domini posseduti da piccol numero di proprietari, piuttosto che in piccoli fondi posseduti da gran numero di proprietari? Non è forse questa base più solida di quella? Non isgorga forse dal suo seno più movimento, più lavoro, più prodotto o più ricchezza? Forsechè quell'attività laboriosa, che è conseguenza della libertà del capitale, non favorisce eminentemente il lusso che sì bene si connette alla forma monarchica? Forsechè un ordinamento della proprietà compito di guisa da metterlo in accordo con le obbligazioni civili e commerciali non volge lu vantaggio del pubblico costume e dell'onor nazionale, necessità irrefragabile degli Stati monarchici? Montesquieu à fatto pel primo risultare quanto à di proficuo pel principe la circolazione della ricchezza e la progressione del reddito mercè le permute e le industrie; e da lui è stato detto: « Perchè un principe sia potente, è duopo che i suoi sudditi nuotino negli agi. » Or questi agi non sono mai stati maggiori di quando la monarchia à veduto il commercio, l'industria, la proprietà svincolata dagl'incagli delle sostituzioni. Per me, sarei più propenso a dire che se qualche utilità ànno le sostituzioni, il loro lato buono mostrasi piuttosto nelle aristocrazie. Ma io reputo la monarchia priva d'interesse nella quistione quasi al pari della democrazia, e le sostituzioni non debbono esservi ammesse che in forza d'eccezioni limitatissime e con grandi restrizioni.

Ad ogni modo, tutti coloro che scrissero un tempo con ispirito il più monarchico che possa bramarsi, non ebbero punto su ciò le idee di Montesquieu. Coquille non voleva « che gli uomini si arrabbattassero tanto a eternar le loro case, cui Dio non lascia già di mandar in rovina quando i beni son male acquistati. » Grandi sconci vedeva egli nel rimanere la proprietà delle cose perennemente incerta e sospesa; che colui il quale à una fortuna sostituita non è punto arbitro e signore del suo avere. » Finalmente colpivalo eziandio l'interesse dei creditori e de' generi, e deplorava egli le decezioni delle sostituzioni « il cui avveramento tocca sì spesso l'eredità *coquine* di colui che era ricchissimo reputato. »

D'Aguesseau stesso, ad onta del suo rispetto per le tradizioni, scriveva queste parole; che a me garbano più di quelle di Montesquieu: « L'abrogazione intera d'ogni fedecommesso sarebbe forse, come voi estimate, la miglior legge; e potrebbero esservi leggi più semplici per conservar nelle grandi case ciò che bastasse a sostenere il lustro. Ma temo che per riuscire a questo, massime nei paesi di dritto scritto, convenisse cominciare dal riformar le teste; e sarebbe impresa d'una testa che anch'essa avrebbe mestieri di riforma. Egli è in verità grave danno che la vanità degli uomini debba dominare fin sulle leggi. »

Del rimanente tutt' i libri intorno alle sostituzioni son pieni della quistione, se le sostituzioni sien favorevoli o sfavorevoli; il che fa chiaro che la controversia non era punto nuova, quando s'accese nel 1792. Più d'un giureconsulto della tempra d'Alciato e di Menochio avean dichiarate le sostituzioni odiose, impaccevoli, atte alle frodi e *non satis reipublicae expedientes*. Il Cardinal Mantica novera dodici ragioni per imprimer loro questo carattere, e tal numero di dottori in sostegno, che ne fa una

lista interminabile. Pure egli non viene mica nella sentenza di quelli e oppone alle loro dodici ragioni contrarie svvalorate da una falange non men formidabile d'altri dottori. Noi lo lasceremo esaltar il favore dell'agnazione ed esagerar l'importanza delle famiglie aristocratiche, chè, pur riconoscendo l'utilità de'gran nomi, aiutandoli pure fino a un certo segno a conservarsi, non è malagevole provare che altra è la vera base degli Stati e che la politica del dritto comune è più ampiamente giovevole che non la politica del privilegio.

Checchè si sia dei vantaggi o degli inconvenienti delle sostituzioni, certo egli è che il Codice Napoleone, rinnendo con un articolo di poche linee un edifizio colossale, à lasciate molte quistioni di ardua risoluzione; le quali occuparono lungamente la giurisprudenza ed esercitaron la sagacia degl'interpreti; ed oggi appena cominciano ad esaurirsi. Egli è però pregio dell'opera venir esponendo i principî della materia e mostrare con alquanti particolari più precisi che sia possibile ciò che la legge à vietato, ciò che à permesso e ciò che rimane ancora in piedi fra tante rovine.

Sonovi parecchie specie di sostituzioni:

La sostituzione volgare o diretta che surroga taluno all' erede nel caso questi non voglia o non possa accettare. Di essa s' occupa l' articolo 898-936.

La sostituzione fedecommessaria, la quale surroga un secondo erede istituito e opera questa sostituzione per la via obbliqua e col ministero del sostituito gravato di conservare e restituire.

Nella sostituzione diretta, il sostituito riceve direttamente dal testatore; riceve senza intermedio, posciachè colui, del quale egli prende il posto, non raccoglie punto. All'opposto, nella sostituzione fedecommessaria, l' erede istituito riceve in prim'ordine e trasmette poscia all'erede fedecommessario che prende il suo posto.

Nel dritto romano la parola *costituziona* non s' applicava che alla parola sostituzione diretta; per guisa che, quando dicevasi *io sostituisco* si intendeva sempre una sostituzione volgare. Ma, per abuso, la parola *sostituziona* si estese al fedecommesso; accadde persino al dritto francese, che la voce *sostituzione* presa isolatamente s' intese nel senso della sostituzione fedecommessaria, molto più frequente dell' altra.

Il Codice Napoleone à usato la parola in quest' ultimo significato, e della sostituzione fedecommessaria à voluto parlare, quando à detto: *La sostituzioni sono abolite* (Arg. articoli 898, 936).

Per trovar l' origine della sostituzione fedecommessaria, vuolsi riandare ai Romani. Sotto il regime repubblicano, i fedecommessi non eran mica riconosciuti dalla legge civile; dipendeano esclusivamente dalla buona fede dell' erede, a cui il testatore avea confidato il suo ultimo pensiero in favor d' una persona incapace. I fedecommessi faceansi d' ordinario in favor degli stranieri o di sventurati proscritti, vittime delle discordie civili, o delle donne, la cui attitudine a raccogliere era inceppata dalla legge Vaconia. La coscienza pubblica affiggeva un vincolo obbligatorio a questi fedecommessi, sebbene la giustizia non ne riconoscesse altrimenti la validità. « Il vostro amico moribondo, diceva Cicerone, vi à pregato di render la sua successione in sua vece; ma nulla ne à scritto, a niuno ne à fatto parola. Che farete pertanto? non esitereto punto a restituirla.... chè sentite quanta forza ci à nella legge naturale ». Ma, siccome interveniva che depositari infedeli frustravano il voto del defunto, i testatori cercarono di premunirsi con solenni giuramenti, i quali pure non eran sempre una sufficiente guarentigia; e, quando lo scandalo accadeva, il pretore, schiavo della legge, era obbligato a dar la proprietà assoluta dell'eredità a colui che avea per sè l'istituzion civile dell' erede.

Augusto vendicò i testatori da cotal perfidia; volle armonizzare la legislazione col sentimento pubblico; volle che la legge fosse onesta quanto la morale, e rese obbligatori i fedecommessi. Giustiniano ci fa sapere che tale espediente fu giudicato popolare, *quia popularè erat*. Semplificava, del resto, le forme delle ultime disposizioni. I fedecommessi presero quindinanzi tale uno sviluppo, che fu forza stabilire un pretore apposito deputato a far dritto su questa materia.

I fedecommessi non si faceano già in termini diretti e civili; sibbene eran concepiti in termini pregativi. Indrizzavansi agli eredi istituiti, quando v'era un testamento o agli eredi legittimi, quando non ven era. Niuna solennità presiedeva a queste disposizioni favorevoli e nate interamente dal dritto naturale. Sarebbesi temuto di leder l'equità introducendo i rigori del dritto civile in siffatta materia in cui non si consultava che la verità e il rispetto per la volontà de' morenti.

Ma i fedecommessi semplicissimi ne' loro primordi, si complicarono poscia immensamento. E per fermo, l'erede interposto, il quale sulle prime dovea restituir la cosa al fedecommessario tosto che aveva effetto il testamento, fu autorizzato dall' uso a ritenerla per un certo tempo, ed anche a non restituirla che alla sua morte. Che anzi si giunse fino a chiamare, non solo più persone le une dopo le altre, ma eziandio più gradi e più serie di generazioni; e si formò come un novello genere di successioni arbitrarie, in cui la volontà dell' uomo si sostituì alla legge e rese certi beni trasmissibili di chiamato in chiamato e nelle loro mani inalie-

nabili. Sotto Giustiniano era l'abuso stato spinto al più alto grado e, comunque questa trasmissione di beni a una determinata linea ledesse la libertà di testare nella persona de'discendenti, era in certe famiglie praticata per la volontà del capo autore della sostituzione.

Giustiniano manifestò la sua avversione per le sostituzioni perpetue nella sua Nov. 159; nella quale lo veggiamo trar profitto d'un'ambiguità nel testamento d'un defunto per ridurre a quattro gradi un fedecommesso perpetuo.

Allorchè la feudalità ebbe fatto suo il fedecommesso e adattatolo alle sue politiche istituzioni, usitaronsi ampiamente i fedecommessi perpetui per continuare all'infinito la opulenza delle case. Ma grandi difficoltà e grandi discordie s'originarono da un tale stato di cose. I nostri re scorsero la necessità di limitarne l'estensione: l'ordinanza d'Orléans e quella di Moulins emanarono delle disposizioni a questo proposito, infine l'ordinanza del 1747 sulle sostituzioni fermò l'ultimo stato della giurisprudenza, limitando qualsivoglia sostituzione a due gradi, senza contar la prima sostituzione.

Spieghiamo ora l'indole delle sostituzioni fedecommessarie.

Due specie vi sono di fedecommessi: l'universale e il particolare. Peregrino la definisce come segue: « *Fideicommissaria haereditas est successio in universum jus defuncti per modum obliquum: fideicommissaria autem substitutio est subrogatio in locum alterius obliquo modo facta.* » Già si sa che dir si voglia l'autore con le parole *obliquo modo*; egli allude al circuito che far debbe la cosa innanzi di pervenire al fedecommessario, che in cambio di ripeterla direttamente dal testatore, come nelle istituzioni, la riceve per l'intermedio del gravato, il quale è chiamato a raccoglierla prima di lui.

Quinci risulta che il fedecommesso è un onere dell'istituzione o del legato e che rende modale la disposizione. Una disposizione, infatti, è *modale* quando il testatore v'à annesso un onere di fare o dare alcuna cosa, in considerazione della liberalità e dopo che il legatario l'avrà ricevuta. Onde la l. 17, § fin. D., *de cond. et demostr*, dà il nome di *modus* all'onere di restituire: « *Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo in partem alicui restitueret, sub modo legatum videtur.* »

Considerando il fedecommesso per rispetto all'epoca della sua apertura, sen distinguono tre specie; il fedecommesso puro, il fedecommesso a termine (*ex die*), il fedecommesso condizionale. Il fedecommesso puro è quello non sospeso da veruna condizione, per esempio: *Lego la tal cosa a Caio e lo gravo di renderla a Sempronio.* Lo effetto di questo fedecommesso è, che dà un dritto all'istante della morte del testatore. « Itaque, si *purum est legatum, ex die mortis dies ejus cedit.* »

Avvegnachè la proprietà della cosa legata con fedecommesso non risieda sul capo del gravato che pel tempo necessario a trasmetterla al fedecommessario, il gravato è pur sempre considerato come proprietario della cosa durante cotal tempo; e, se il chiamato non volesse o non potesse accettare, ne profitterebbe il gravato. Così decide Marcello nel seguente frammento: « *Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restituat Moevio, Moeviusque fuerit mortuus; Titii commodo cedit, non haeredis, nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit.* » Tanto è ciò vero che, nell'antico dritto romano, il gravato restava erede anche dopo la restituzione dell'eredità; perciò Nerone fu obbligato a promulgare il S. C. Trebelliano, onde, passando tutte le azioni ereditarie contro colui al quale era stata restituita l'eredità, il gravato non fosse ricerco per debiti provenienti da un'eredità di cui era spogliato, e non ripudiasse, per tema di oneri rovinosi, una successione della quale nulla riteneva.

Nonostante, se la persona gravata di restituire fosse scelta come semplice procuratrice, come semplice ministro, starebbe la cosa altrimenti, secondo che fa notare Marcello. Ella non avrebbe nelle mani che un deposito: non sarebbe mica erede. Su questa distinzione ci rifaremo più innanzi.

Il fedecommesso è a termine quando la restituzione è rimandata a dopo un certo lasso di tempo. In fatti nulla impedisce di poter fissare un termine alla restituzione de'beni. Il solo effetto di questo termine è di differire la restituzione; ma il fedecommesso vale dal dì dell'apertura dell'eredità. « *Si vero post diem sunt legata relicta, simili modo atque in puris cedit* ; » son parole di Ulpiano. Lo stesso linguaggio tiene Paolo nella l. 21 dello stesso titolo: *Adjecta, quamvis longa sit, si certa sit, dies quidem legati statim cedit; sed ante diem peti non potest.* » Son questi de' punti non istati mai oppugnati, giacchè poggiano sulla ragione in ciò che à di più esatto. Non è da dire che, innanzi la scadenza del termine, il fedecommessario potrà reclamare il rilascio del fedecommesso: egli non à dritto di domandarlo che alla scadenza: *ante diem peti non potest*, e i frutti appartengono al gravato. Non è men vero però che il fedecommessario à un dritto acquisito alla cosa.

Il fedecommesso condizionale è quello che è sospeso per un avvenimento futuro, dal quale il testatore fa dipendere la disposizione. Io dono a Tizio e lo gravo dell'obbligo di restituire a Sempronio, se verrà la tal nave dall'Asia. » In questo caso l'onere di restituire è su-

bordinato all'epoca incerta dell'arrivo della nave, e il fedecommesso non è aperto a favore del chiamato se non dal momento che si avvera la condizione. Udiamo Ulpiano. *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam conditio fuerit impleta.* » Il fedecommessario, prima di avverarsi la condizione, non à che una speranza di avere il fedecommesso. Ma il fedecommesso non gli è acquisito peranco; tanto meno à egli alcun dritto alla proprietà. Mentre che la condizione sta in sospeso, è evidente che la proprietà una ai frutti appartiene al primo istituito.

Non entreremo nel minuto ragguaglio di tutte le condizioni onde son suscettivi i fedecommessi, ma ci contenteremo di additarne una d'un carattere particolare e notevolissima, cioè l'onere imposto al gravato di non restituire prima della sua morte, « *quum morietur is qui gravatus est.* » Quest' onere imponeano coloro che voleano stabilire un ordine successivo nelle loro famiglie, con tal mezzo i beni trasmettesansi da un chiamato all' altro giusta le intenzioni manifestate dal defunto; ciascun gravato non potea goderne che vitaliziamente senza avere il dritto di disporne nè a titolo gratuito nè a titolo oneroso.

Dalla distinzione che abbiam fatta si può di leggieri desumere la prova che non tutte le specie di fedecommesso sono egualmente atte a formare quel nuovo genere di successione di cui parla il preambolo dell' ordinanza del 1747, e che in ogni tempo destò l' attenzione de' legislatori. Si può anzi dire che i soli fedecommessi, i quali àn per condizione la morte del gravato,possono condurre a questa permanente e sistematica sostituzione della volontà d'un uomo alla volontà della legge: circa agli altri fedecommessi condizionali e tanto più ai fedecommessi puri o a termine, si scorge facilmente che non presentano verun mezzo di creare una linea successiva di più gradi, contraria all' ordine delle successioni legittime e alla libertà di disporre tra vivi o a causa di morte.

Qui si appalesa una notevole differenza tra il dritto romano e l' antico dritto francese. Non la brama di mantenere i beni nelle famiglie avea fatto nascere a Roma i fedecommessi; non *a priori* il desiderio di mettere un ordine di successione arbitrario nel luogo dell' ordine legale di successione; ma sì il bisogno di sostituire alle forme austere de' testamenti o de' legati un genere di disposizione semplice e libero da formalità, la cui inosservanza producesse nullità. Poco montava che il testatore avesse o no voluto stabilire un ordine successorio; non istava punto in ciò il carattere del fedecommesso; il segno distintivo di questo genere di disposizione era d'esser commesso alla fede dell' istituito, di procedere non direttamente, ma *obliquo modo*; di non giungere al gratificato che per l' inframmessa d' un individuo istituito prima di lui.

Non era punto la stessa cosa in Francia. Le sostituzioni fedecommessarie non vi si erano adottate che per istabilire un ordine particolare di successione; non si era già ricercato un modo più semplice di testare, una maggior facilità di rendere efficaci le ultime disposizioni; chè la semplicità del dritto francese, massime ne' paesi consuetudinari, potea sdegnare quelle ambagi dell' equità per isfuggire alla severità dello stretto dritto. Ma ben si era con sommo ardore accettata la possibilità di creare una successione fattizia col sussidio de' fedecommessi, affine di perpetuare i beni nelle famiglie; taichè generale le sole praticate erano le sostituzioni a patto di restituire alla morte del gravato, perchè esse sole condur poteano a tale risultamento.

Da questa prima differenza tra lo spirito del dritto romano e lo spirito del dritto francese ne emergeva una seconda nella soluzione di una quistione che di frequente si presentava. L'onere di restituire alla morte si supponeva di dritto ovvero dovea esprimersi formalmente? esempligrazia.—Io lego a Seio e gl'impongo di restituire a Sempronio: —doveva la restituzione aver luogo immantinenti o per contrario alla morte di Seio?

Nel dritto romano, la regola era che il fedecommesso si apriva issofatto: « *Si dies adpositus legato non est praesens, debetur, et confestim ad eum pertinet cui datum* est. » Nondimanco facilissimamente veniva sottintesa la condizione della morte del gravato, per poco che le espressioni del legato vi si prestassero. Due notevoli esempi ne offre il Digesto nelle leggi 75, § 1, ad. S. C. *Treb.*, e 8, § 2, de legat. 3°. Ma quando la disposizione non portava implicita questa condizione, il fedecommesso era puro e semplice e s' apriva incontanente.

Nel dritto francese la cosa stava altrimenti. « Il gravato, dice Thérenot, si presume essere stato incaricato di restituire non prima della sua morte, tranne vi sia nella sostituzione qualche termine o qualche circostanza che dinoti il contrario. Tal è il sentimento del foro di Parigi, al quale io mi sono uniformato,... donde segue che nel nostro uso, la condizione della morte del gravato non à duopo d'essor annunziata nè espressamente nè implicitamente, chè, solendo noi non sostituire che per restituirsi alla morte del gravato, è giusto credere che il sostituente à così inteso,

se non è provato l'opposto. » Tal è puro l'avviso di Berger su Ricard; egli assicura non conoscersi in Francia sostituzioni pure e semplici che s'aprano tosto che il gravato à raccolto.

I principî che abbiam fermati conducono a un'importante conseguenza; ed è, che non tutti i fedecommessi de'Romani sono sostituzioni fedecommessarie nel senso che davasi a queste parole nella nostra antica giurisprudenza. Appo i Romani bastava vi fosse onere di daro per esservi fedecommesso, a qualunque epoca, d'altronde, fosse l'istituito tenuto a dare al terzo chiamato. Ma in Francia appellavasi sostituzione fedecommessaria quella soltanto che aveva per condizione l'onere di restituire alla morte del gravato.

Dopo dedotti i vari caratteri dei fedecommessi e delle sostituzioni nel dritto romano e nel dritto francese, dobbiamo ora esaminare quali caratteri presentar debba una disposizione per cadere nel divieto dell' art. 896; chè è questo il punto culminante delle difficoltà che offre l'interpretazione di quest'articolo.

Due condizioni esige l'art. 896 perchè una disposizione sia annullata come sostituzione proibita: 1° onere di conservare; 2° onere di restituire a un terzo.

Ma cosa vuol mai dire la legge con l'espressione indeterminata: *onera di restituire*? intende restituire immantinenti? restituire fra un certo termine? ovvero non restituire che alla morte del gravato? Possiam dire senza tema di contraddizione che il Codice non à voluto parlare se non dell'onere di restituire alla morte del gravato: e questa interpretazione traggbiamo dal Codice medesimo, dall'antica giurisprudenza e da' motivi che àn fatto abolire le sostituzioni. Difatti il Codice Napoleone, che à abrogato l'uso delle sostituzioni, à tuttavia permesso in un modo formale l'onere di dare o di restituire. L'articolo 1121 - 1075 dice: « Si può parimenti stipulare a favor di un terzo, allorchè tal è la condizione d'una stipulazione che si fa per sè o di una donazione che si fa ad un altro. Quegli che à fatto cotale stipulazione non può più rivocarla, se il terzo à dichiarato di volerne profittare. » Io posso dunque in virtù di quest'articolo dare a Paolo il fondo Semproniano a patto che ne restituirà la metà a Pietro. Or questa disposizione altro non è che un fedecommesso puro e semplice, qual noi l'abbiamo di sopra definito; bisogna dunque che il Codice abbia riconosciuta una differenza tra certi fedecommessi e le sostituzioni, postochè à permesso gli uni e abolito le altre. E questa differenza in che sta mai, se non nella condizione di restituire alla morte del gravato? condizione che trovasi in tutte le sostituzioni francesi, la quale precisava il carattere di questa istituzione politica, ne faceva una legge successoria a parte, ed eccitava la vigilanza del legislatore del 1747. Laonde con verità à detto il Merlin « *che non tutti i fedecommessi sono sostituzioni* ». Con altrettanta aggiustatezza si può far notare che il Codice Napoleone non dice punto: i *fedecommessi* sono aboliti; ma le *sostituzioni* sono abolite. Conchiudiamo pertanto che il Codice à inteso favellar delle sostituzioni quali usitavansi in Francia, quali erano state autorizzate dall'ordinanza del 1747, affin di servire a vedute politiche, ossia con la condizione della morte del gravato per termine della restituzione al fedecommessario.

Ma non basta: noi abbiam veduto pur dianzi che il Codice Napoleone autorizza formalmente nelle donazioni l'onere di dare apposto a una disposizione. Che se il donante può imporre un tal onere puramente e semplicemente a colui cui gratifica, nulla toglie che possa differire con un termine il pagamento o che lo sottoponga a qualche condizione o termine incerto che lo tenga sospeso.

A mo' d'esempio, io dono a Paolo il fondo Corneliano, e gl'impongo di restituirne la metà a Pietro fra dieci anni; ovvero dono a Paolo il fondo Corneliano e gl'impongo di restituirne a Pietro la metà, se una tal nave giunga dalle Indie.

Nel primo caso, la disposizione non sarà punto sospesa; soltanto ne sarà differito il pagamento; ma Pietro avrà pur sempre un dritto acquisito a far tempo dal dì in cui sarà messa ad esecuzione la donazione o il testamento. Ancor più, l'obbligazione non sarà men pura perciò. « *Purum est, quia non conditione, sed mora suspenditur,* » dice la l. 79. D., *de cond. et demostr.* Sicchè questa disposizione non à punto mutato natura, malgrado l'apposizione del termine; e il Codice Napoleone per conseguenza l'autorizza.

Nel secondo caso, la disposizione starà sospesa fino al momento in cui la nave sarà venuta dalle Indie. Durante questo tempo la proprietà risiederà sul capo di Paolo e sarà incerto se giungerà a Pietro il quale avrà una semplice speranza. Paolo possederà e farà suoi i frutti. Ma, se la condizione si avvera, dovrà restituirsi a Pietro l'oggetto esente da ogni onere e quale l'avrà ricevuto; per forma che le cose saran ricondotte al medesimo punto che se non fosse mai esistita la condizione e se la disposizione fosse stata pura e semplice. È dunque evidente che nulla impedisce nello spirito dello stesso Codice Napoleone che l'onere di dare o di restituire autorizzato dall'articolo 1121-1075 sia sottomesso a una condizione sospensiva.

Per la qual cosa resla provsto che certi fedecommessi a termine o con condizione non sono punto stati compresi nell' art. 896, comechè questo stesso articolo abroghi la sostituzione. E perchè? perchè, sebbene questi fedecommessi presentino l' onere di conservare per un certo tempo e di restituire dopo questo tempo, nondimeno punto non dipendono dalla condizione di restituire alla morte del gravsto, condizione d'un genere affatto particolare, intesa a turbare la trasmission legale delle successioni *ab intestato* ed a regolare un nuovo ordine di successioni. I fedecommessi, onde facciam parola, altro non sono che donazioni o legati con patto di dare a un terzo. In quanto ai fedecommessi nati in Francia sotto il nome di sostituzioni, il loro obbietto è più vasto, più importante e onninamente politico; chè sostituiscono per innanzi l' un chiamato all'altro, introducono come un novello genere di sostituzione, in cui la volontà dell'uomo si pone in luogo di quella della legge e colpiscono d' indisponibilità i beni nelle mani di quelli che li posseggono. Questi à creduto il Codice dover proscrivere, gli altri, non avendo alcuno di tali inconvenienti, continuano a restare sotto la protezione della nuova legge, come erano sotto quella della legge anteriore.

Ripetiamolo dunque; l'art. 896 non à abrogato tutti i fedecommessi; l' art. 1121-1075 autorizza anzi a far de' fedecommessi con onere e condizione; da ultimo soli vietati sono i fedecommessi chiamati un tempo sostituzioni e sottomessi alla condizione di conservare e restituire alla morte del gravato.

Se questa conchiusione avesse mestieri di essere con altri argomenti corroborata, ne troveremmo uno nella sposizione de'motivi dell'oratore del governo: « Egli era impossibile conciliare coll'interesse generale della società questa facoltà di stabilire un ordine di successione perpetua, peculiare a ciascuna famiglia ed eziandio un ordine peculiare a ciascuna proprietà, che era obbietto delle sostituzioni. Ogni gravato, essendo semplice usufruttuario, aveva un interesse opposto a qualsiasi miglioramento; un' immensa massa di proprietà trovavasi perennemente fuor del commercio ecc.»

Fa dunque mestieri che un fedecommesso presenti questi diversi inconvenienti, per essere sotto il divieto della legge; chè, se ne andasse esente, non si può supporre che sia stato segno all' animavversione del legislatore. Or egli è manifesto che i fedecommessi puri, i fedecommessi con termine e la più parte dei fedecommessi condizionali non menano altrimenti a' risultati messi in rilievo dall' oratore del governo. Io dono a Paolo con patto di restituire a Pietro subito dopo la mia morte — ecco una donazione modale, o detto altrimenti, un fedecommesso puro. Ma certo esso non conduce a veruna delle gravi conseguenze prevedute nei motivi della legge. E di fermo, non àvvi nuovo ordine di successione, non incertezza nella proprietà. Questa disposizione adunque, in cui tuttavolta non si trova l' onere di restituire, non è mica un fedecommesso proibito.

Io dono a Paolo con patto di restituire a Pietro dieci anni dopo la mia morte: qui vengono in acconcio le stesse considerazioni; questo fedecommesso è ben puro, malgrado il termine che ne differisce il pagamento. E sì non àvvi inversione nell'ordine legittimo delle successioni, non incertezza nella proprietà; perocchè la cosa appartiene a Pietro dal momento della morte del disponente: la sola modificazione è, ch' egli non può esigerne il pagamento se non dopo dieci anni; *dies cedit, sed nondum venit*. Or si potrà egli dire che sia un fedecommesso proibito, comunque vi si trovi l'onere di conservare per dieci anni e di restituire dopo siffatto termine? Niuno per avventura potrebbe ciò pensare.

Io dono a Pietro con patto di restituire a Paolo, se la tal nave giunga dall'Africa — ecco un fedecommesso condizionale. Ma è questa una disposizione, il cui risultato sia di porre i beni fuor del commercio, poichè li colpisce d' inalienabilità? è una disposizione intesa a creare un ordine particolare di successioni accanto a quello della legge?

Per verità, la condizione opera una sospensione momentanea e non lascia nelle mani del gravato che una proprietà risolubile; ma questo è l'effetto di tutte le condizioni: dunque o i redattori del Codice non àn voluto inibire una disposizione del genere di quella di cui favelliamo; o avrebbero dovuto proibire ogni maniera di condizione sospensiva e risolutiva; il che si son ben guardati dal fare.

Ma, se io subordino l'istituzione all' obbligo di restituire alla morte del gravato, si scorge a bella prima ch' io rendo inalienabili i beni nelle mani dell'istituito; che riduco questo ultimo alla condizione di semplice usufruttuario: che gli do un successore e che creo per conseguenza un ordine particolare di successione, che non è nè quello della legge nè quello che forse avrebbe adottato il gravato. E son pure queste tutte le circostanze che ànno indotto il legislatore a premunirsi contro simili disposizioni.

Non è dunque, torniamo a dire, l' onere di conservare e restituire che costituisca una disposizione proibita; è sibbene l' onere di conservare durante la propria vita e restituire dopo morto.

Riepilogando tutte le considerazioni in cui siamo entrati nel precedente paragrafo, dire-

mo che il segno distintivo delle sostituzioni proibite consiste principalmente nell' ordine successorio che mirano a stabilire. Non intendiamo qui far parola di quell' ordine successorio, che è l' attributo di tutti i fedecommessi e che sta nella chismata dell' uno dopo l' altro e nel concorso di due donazioni che producono altrettante trasmissioni successorie ; vogliamo parlare di quell' ordine successivo e successorio creato dalla volontà dell' uomo in cambio di quello della legge ; di quell' ordine successivo , onde il disponente regola per più gradi la trasmissione de' suoi beni.

Perchè quest' ordine successivo s' incontri, vuolsi il concorso di due circostanze: la prima, una doppia donazione della stessa cosa a due persone chiamate l'una dopo l'altra;la seconda, un tratto di tempo per la restituzione al sostituito, il qual atto abbracci la vita del gravato.

Diciamo *una doppia donazione*, e con ciò intendiamo che il primo e il secondo donatario debbon ripeter la loro chiamata dal sostituente.

Secondo certi autori , se l'individuo gravato dell'obbligo di restituire o di ricevere ripetesse dalla legge la sua chiamata,come sarebbe esempligrazia un erede legittimo , non vi sarebbe punto sostituzione. Tanto dichiara, dicon essi , espressamente l' art. 896, in quanto riflette la persona incaricata di conservare e di restituire, allorchè si serve delle parole *l'erede istituito, il donatario, il legatario;* val dire l'erede intestato. Circa all' individuo incaricato di ricevere , soggiungono, egli dee ripeter la sua chiamata dal disponente; chè, se egli fosse erede *ab intestato*, non sarebbe gratificato che pel benefizio della legge, e non sarebbe mica donatario agli occhi del disponente: laonde non vi sarebbe punto sostituzione.

Ma, a parer nostro, quest' argomentazione è nulla più che una sottigliezza atta a favorire le sostituzioni mascherate: ne vedremo un esempio più giù.

Difatti poco monta che l'istituito o il sostituito abbian vista di ripeter dalla legge la lor chiamata,se in sostanza dal disponente vengono entrambi gratificati , sanzionando egli rispetto a loro il beneficio della legge. Non è forse vero che in realtà sono l'uno istituito, l'altro sostituito per la piena volontà del sostituente; il quale non à che tolto a prestanza il linguaggio della legge ?

Se dunque il disponente sen riporta per rispetto ad essi alla legge sulle successioni intestate , è vero dire che son donatari nel senso dell'art. 896, e la sostituzione apparisce patentemente ; senza di che sarebbe cosa oltremodo facile di far servire la successione legittima come punto d'appoggio all'edifizio d' una sostituzione proibita.

Abbiamo aggiunto che la sostituzione à mestieri d' un tratto di tempo per la restituzione della cosa dal primo al secondo donatario , il quale tratto di tempo abbracci la vita del gravato. Questa circostanza importante della morte del gravato è quella che qualifica più specialmente l'ordine successivo e distingue la sostituzione da una disposizione puramente morale.

Dopo fatti conoscere i caratteri delle sostituzioni proibite, prenderemo a parlare de'termini ordinariamente adoperati per istabilirne, e così passeremo dalla regola all'applicazione. In ogni sostituzione fedecommessaria ànnoci di necessità due disposizioni : l' istituzione del primo erede, legatario o donatario e la chiamata del fedecommessario dopo di lui. La prima è una disposizione diretta; la seconda obbliqua, è *l'obliquo modo* de' giureconsulti.

L' istituzione propriamente detta non è soggetta a verun termine sacramentale , basta che il disponente faccia comprendere il suo intendimento di gratificare il primo istituito ; ma è necessario che le parole che usa sieno dispositive e non già enunciative.Così, se un testatore gravasse d' un legato un individuo , cui dicesse aver istituito in realità ; non vi sarebbe istituzione altrimenti, e questa enunciazione non potrebbesi considerare che come un errore o un progetto non attuato.

In questa materia evvi una regola spesso ripetuta da' dottori ; ed è che coloro i quali son posti nella condizione non si riguardano come compresi nella disposizione ; stantechè le parole che forman la condizione non son punto dispositive; tutta la loro energia si limita ad operare ciò che i giureconsulti appellano *privatio puritatis*. Così se io dico : *Se Tizio non è mio erede, gli sostituisco Sempronio*, Tizio, non essendo menzionato che nella disposizione condizionale , non potrà punto venir risguardato come istituito; non vi sarà dunque prima donazione , e quindi non vi sarà sostituzione ; dappoichè Sempronio sarà sostituito a un nomo che non è mica istituito: ciò si trova sviluppato con la sua ordinaria dottrina da Furgole. Avremo il destro di rifarci in su questa materia ; chè non accade trattarne qui direttamente.

Uno può essere incaricato di restituire senza esser veramente istituito o legatario. Difatti uno può esser incaricato come semplice intermedio (*ministro* secondo che è espresso nella l. 17, D., *de legat.* 2. e nella legge 49 D. , *de Donat. inter vir. et ux.* Allorchè l'individuo incaricato di restituire non è chiamato che qual semplice intermedio, non è gratificato egli stesso ; ond'egli non è nè istituito nè legatario ; è semplicemente un esecutor testamentario o un fiduciario nel senso che a questa parola si addice. « Nell'uso, dice Merlin, le parole *erede fiduciario* indicano la persona che il testatore à incaricata, istituendola erede per la forma, d'am-

ministrare la successione e di tenerla in deposito fino al momento in cui dovrà restituirla al vero erede ».

Di qui risulta pertanto che l'erede fiduciario non è realmente istituito, che non è investito della successione; che non poggia sul capo di lui la proprietà de' beni; ch'egli è nulla più che amministratore e dee dar conto de' frutti.

Questo genere di disposizione non è punto nè poco proibito dall'art. 896, posciachè il fiduciario non è nè erede istituito nè donatario nè legatario. Tal è la dottrina del Merlin, consentanea a quanto noi abbiam detto di sopra e che risulta dalla giurisprudenza.

Del resto la quistione se una disposizione testamentaria presenti una fiducia è una quistione di volontà dipendente dalla quistione se il testatore à differita la consegna de'beni in favore del sostituito e per l' unico vantaggio di lui. Tal è la regola insegnata dalla l. 46, D., *ad S. C. Treb.* Perciò Henrys porta avviso che l' istituzione fiduciaria è tutta congetturale e che dipende da' termini del testamento. Si posson consultare le collezioni d'arresti le quali contengono delle decisioni che mostran tutte le varietà d' interpretazione onde son suscettive queste disposizioni.

Oggidì le fiducie non son praticate che per far passare delle liberalità a stabilimenti religiosi, la cui posizione non è regolare o che vogliansi favorire senza il controlio del governo. La qualità delle parti à un'influenza grande su cosiffatte quistioni.

Ora facciam parola de'termini adoperati per istabilir la successione. Nel dritto romano come nel nostro dritto francese, la disposizione fedecommessaria poteva esser concepita, sia in termini imperativi, sia in termini pregativi. Le espressioni di preghiera, desiderio, raccomandazione bastavano per far valere il fedecommesso. Del rimanente, verun termine sacramentale vi era. Sennonchè si solea far uso di certi vocaboli tecnici, i quali evitavano le circonlocuzioni, intorno al che è pregio dell'opera soffermarci.

In prima riga trovasi la parola: *Sostituisco*. Nel dritto romano alla sostituzione volgare soltanto si applicava, come sopra abbiam detto; in Francia, per converso, la voce sostituzione, presa isolatamente, s'intendeva della sostituzione fedecommessaria. Tuttavia, dicevasi egualmente *la sostituzione fedecommessaria* e *la sostituzione volgare*; e la formola *sostituisco* per entrambe si adoperava.

Se sotto il Codice Napoleone si presentasse una disposizione in cui fosse usata la parola *sostituisco*, io son di credere ch'essa sola non basterebbe per far dichiarare che vi à sostituzione vietata; dappoichè, potendo quella parola applicarsi a una sostituzion volgare, la disposizione non sarebbe annullabile che qualora risultasse in modo positivo che non volgarmente, sebbene fedecommessariamente, à voluto il disponente sostituire.

Le parole *rogo*, *peto*, *deprecor*, *desidero*, *cupio* capitavan sovente ne' fedecommessi de' Romani; ed anche in Francia sen faceva uso; e siffatti termini pregativi producevano un vincolo giuridico. Ciò appunto induceva il d' Aguesseau a dire, in uno stile grave per quanto ricercato: « Si può dire de'testatori ciò che un tempo dicevasi de' re, che quando pregano comandano. »

Ma par che queste espressioni sarebbero oggi insufficienti per potervi vedere una sostituzione proibita; conciossiachè, se erano obbligatorie appo i Romani e nell'antico dritto francese, in cui d'estremo favore godeano i fedecommessi, non deve punto esser la stessa cosa sotto il Codice Napoleone, che li riguarda come odiosi. E, siccome a rigore de'termini di preghiera non producono legame di diritto, è forza dire che nulla avrebbe d' obbligatorio una tale disposizione sotto il Codice Napoleone; perocchè nel dubbio non si presume aver voluto un testatore far quello che la legge gl' inibiva ed ancor meno quel che dee portare l'annullamento della sua disposizione.

In principio i vocaboli che contengono una sostituzione esser debbono dispositivi e non mica enunciativi, come quelli che formano l'istituzione diretta. Su questo proposito ci siamo spiegati al num. 108.

Debbono essere obbligatori, mercecchè da una clausola non obbligatoria non si può far risultare un vincolo fedecommessario.

Debbono implicare un ordine successivo, così, se due gratificati fossero chiamati in concorrenza, *ordine simultaneo*, come: — Istituisco Paolo e i suoi figli, non vi sarebbe ombra di sostituzione. Pure questa disposizione era stata obbietto di controversia fra gli antichi giureconsulti. Accursio sosteneva che v'avea sostituzione e che i figli eran chiamati unicamente *ordine successivo*. Era una delle mille congetture, che aveano intralciata la materia dei fedecommessi e falsata la verità delle disposizioni testamentarie. Furgole à mostrato assai bene con l' autorità della l. 11 C., *de impub. et al. instit.* che coloro i quali sono istituiti congiuntamente con la copulativa E raccolgono l'eredità in concorrenza.

Ma qual sarebbe il senso della disposizione se il testatore avesse detto: — Istituisco Pietro e i suoi figli nascituri?

Nell' antica legislazione si distingueva se la disposizione era contenuta in una donazione tra vivi o in un testamento. Se in una donazione tra vivi, la si facea valere come sostituzione fedecommessaria; perocchè, dice Thévenot :

« Essendo il padre investito con la donazione e non potendo esserlo i figli, ne risulta necessariamente un ordine successivo. »

Se la disposizione era fatta per testamento e ci aveano figli nati alla morte del testatore, venivano *ordine simultaneo* col padre loro; non v'era ordine successivo e fedecommesso che pe'figli non nati peranco. E difatti a quell'epoca, in cui i fedecommessi eran favorevoli, supponessi che il testatore non avesse scritto nulla d'inutile e facessi valer la disposizione come sostituzione, non potendosi far valere come istituzione rispetto ai figli non nati e concepiti alla morte del testatore.

Sotto il Codice Napoleone, o che la disposizione sia contenuta in un testamento o che in un atto di donazione, s'avrebbe a decidere non esservi punto sostituzione, sibbene un'istituzione nulla per riguardo ai figli non anco nati o concepiti alla donazione o alla morte del testatore: e questa parte della disposizione avrebbe a considerarsi come non iscritta (art. 906-941 e 943), senza che ciò potesse menomamente intaccare l'istituzione di Pietro. Così giudicò la Corte di cassazione in tesi con arresto del 7 dicembre 1826: ottima decisione.

Istituisco Pietro e dopo di lui i suoi figli — Volete porvi nel punto di vista del dritto antico? troverete in questa disposizione una sostituzione fedecommessaria. E di fermo, il fedecommesso è favorevole, è usuale e di leggieri lo si suppone. Ma, se vi ponete in un ordine d'idee che vieta i fedecommessi e che punto non suppone la violazione della legge, la cosa potrà andare altrimenti. Epperò la Corte di Metz decise, non esservi in tal caso che una sostituzione volgare, e Daniels sostenne siffatto avviso, quando la decisione fu deferita alla Corte suprema. I motivi erano che il testatore non aveva punto detto: *Istituisco i figli dopo che il padre avrà raccolto*, e che era possibile che il padre morisse prima d'aver raccolto; di guisa che i figli si sarebbero trovati chiamati volgarmente e che allora non vi sarebbe doppia donazione successiva. Questa opinione non à nulla di forzato; stantechè una clausola va interpretata nel senso che si presta alla sua validità e non nel senso che la fa perire.

Infine la condizione della morte del gravato perchè il chiamato raccolga la liberalità dee necessariamente emergere da' termini del testamento.

Siccome è questo il carattere peculiare del vero ordine successivo, è d'uopo che i termini, da'quali si pretende elicere una sostituzione proibita, non chiamino il sostituito che per raccogliere dopo la morte del gravato. — Io lego a Pietro un immobile e lo incarico di restituirlo a Paolo, è questo un fedecommesso puro che non contiene alcun ordine successivo. Nell'antica legislazione francese, sarebbe stato sottinteso l'onere di restituire alla morte del gravato; ma non può esser lo stesso oggidì, che non dobbiamo intendere i termini per farli servire all'annullamento della disposizione. *Odia sunt restringenda*. Qui non si vedrà che un fedecommesso puro, il quale s'apre, come presso i Romani, alla morte del testatore.

Del rimanente, ei non è necessario che le parole della disposizione espressamente menzionino la morte del gravato; basterebbe che la condizione risultasse implicitamente, ma necessariamente, dalle espressioni adoperate.

Non basta avere spiegato il senso de'vocaboli d'ordinario usitati per far una sostituzione; dobbiamo inoltre fermare i principii, secondo cui simili disposizioni vanno interpretate.

Nel dritto antico, siccome più volte detto abbiamo, i fedecommessi, obbietto di gran favore, interpretavansi con tutta la possibile latitudine. Ancora, quando una disposizione non era valida sotto un dato punto di vista, si indagava con un numeroso sussidio di congetture se la volontà pregativa del disponente non permettesse di sostenerla come sostituzione. Un luogo di Papiniano, mal interpretato, era segnatamente servito di pretesto all'invasione de' fedecommessi congetturali: questo giureconsulto avea detto nella l. 64. D., *de leg.* 2: « *In causa fideicommissi utcumque precaria voluntas quaereretur, conjectura potuit admitti.* » Preso nel suo vero senso, questo concetto era quanto altro mai ragionevole; chè, in questa come in ogni altra materia, la logica può giovarsi delle presunzioni che il testamento necessariamente fa sorgere. Ma gl'interpreti, e massime gl'italiani, avean di quivi preso le mosse per dar libero corso alla loro immaginativa e introdurre un infinito numero di congetture, donde traevano la prova di sostituzioni, che *congetturali* domandavano: sicchè la materia de' fedecommessi era divenuta un caos tale che quasi non ci aveva disposizione, in cui veder non si potesse una sostituzione. Furgole avea fatto con energia risaltar l'abuso di consimili interpretazioni, e l'art. 19 dell'ordinanza del 1747 venne infine a diroccar l'edifizio di siffatte congetture, cui Cuiacio appellava sì acconciamente *mendacissimae*. Nondimeno si continuava pure a considerare come leggi le congetture tratte dai testi del dritto romano; testi, i quali, sebbene improntati da una gran saggezza e riserbo, erano ancora non poco numerosi; giacchè in assai casi aveano i giureconsulti romani avvertita la necessità di ricorrere a benigne interpretazioni autorizzate dal favore de'fedecommessi, per far valere la volontà de' testatori.

Oggidì che le sostituzioni sono abolite, dobbiamo avere a norma diverse idee. Non solo non posson più ammettersi le capricciose congettu-

re degli interpreti, ma dobbiamo guardarci da quelle ricavate dai testi del dritto romano. Infatti, come dice il Toullier, sarebbe un invocar la lettera di quelle leggi per ucciderne lo spirito; sarebbe un infranger questa regola di tutti i tempi, che nei casi ambigui vuolsi interpretar l'atto piuttosto nel senso che lo rende valido che nel senso il quale lo distrugge.

Perciò due principî dovran dirigere coloro che avranno da interpretare una clausola, la quale offra le apparenze d'una sostituzione.

Il primo è che, se la clausola è suscettiva di due interpretazioni, conviene elegger quella che non presenti sostituzione; stantechè punto non si presume, abbia il testatore voluto far ciò che la legge vieta e molto meno ciò che porterebbe l'annichilamento della sua volontà. Questo principio è consacrato dall'articolo 1157-1110; il quale non è che la traduzione della l. 12. D., *de reb. dub: « In ambiguis decidi oportet ut magis valeat quam pereat dispositio.* » Donde segue che molte disposizioni, le quali sotto l'antico dritto non si esitava a far valere come sostituzioni, debbono al dì d'oggi venir risguardate sotto un diverso aspetto e prese nel senso che la legge favorisce, non nel senso cui proscrive.

Il secondo principio è che, quando l'atto è concepito in guisa che di necessità racchiude l'onere di conservare e restituire, benchè quest'onere non sia letteralmente espresso, v'è pur sempre una sostituzione, e la disposizione deb-b'essere annullata.

Da questi principî facciam passaggio alle applicazioni. Vedremo innanzi tratto messa in pratica la regola: *In ambiguis decidi oportet ut magis valeat quam pereat dispositio.*

Abbiamo diffusamente parlato sopra di certe disposizioni prettamente modali, che un tempo la giurisprudenza francese facea valer come sostituzioni fedecommessarie, abbiam detto che bisognava restituirle al loro vero carattere di disposizioni con onere, spoglie di ogni idea d'ordine successivo.

Se dunque si ravvisa una clausola, che non presenti se non un fedecommesso puro o uno condizionale, senza relazione di sorta alla morte del gravato, o da ultimo un fedecommesso a termine; sarà duopo rigettar tutte le distinzioni dell'antico nostro dritto e ridur la disposizione al suo valore di disposizione modale, autorizzata dall'art. 1121-1075.

Nomavansi nell'antica legislazione *sostituzioni compendiose* quelle che ad una volta conteneano una sostituzion volgare ed una fedecommessaria. *Compendiose* diceansi; *quia sub compendio verborum plures continent substitutiones.* Valeano come volgari, se presentavasi il caso della volgare; valeano come fedecommessarie, se si avverava il caso di quest'ultima. Cotalchè dall'evento giudicavasi della specie della sostituzione, e si decideva se fosse volgare o fedecommessaria.

La compendiosa evidentemente non poteva farsi che con termini i quali, convenendo alla fedecommessaria, potevano anche alla sostituzione diretta applicarsi.

Era impossibile far la compendiosa con termini meramente obbliqui: esempligrazia: — Istituisco Tizio, e gli sostituisco Sempronio. — Comunque la parola *sostituisco* in dritto romano non potesse formare che una sostituzione volgare, nel dritto francese consuetudinario ritenensi che avea l'effetto della compendiosa; dacchè egualmente alla volgare ed alla fedecommessaria si addiceva. Pertanto vi era luogo alla volgare, se Tizio moriva innanzi d'aver potuto raccogliere; v'era luogo alla fedecommessaria, se Tizio raccoglieva: era poi obbligato di restituire alla sua morte.

Al dì d'oggi, se una simile disposizione si presentasse in un testamento, converrebbe, secondo il nostro principio, decidere che il testatore à voluto fare una sostituzion volgare, e che non è stata sua mente di violare il divieto della legge, e di far cosa che distruggesse la sua volontà. Così muta e si modifica il valor delle formole a norma che le leggi agiscono in diverso senso sulle idee e sugl' interessi de'cittadini.

Pure, se questa medesima disposizione si presentasse in una donazione tra vivi, non potrebbe valer come sostituzione volgare, essendo questa incompatibile con la donazione tra vivi, la quale non può sussistere senza l'accettazione del primo donatario, e in cui le parole: *si primus capere non possit* non sono mica applicabili.

Eravi altresì compendiosa nel seguente caso: — Istituisco Tizio e, in caso di morte, pongo in sua vece Pietro; — giacchè, secondo Thévenot, il sostituente non dice: *in caso di morte senz' aver raccolto*; nè *in caso di morte dopo aver raccolto*; onde voglionsi prevedere ambi i casi. Sotto il Codice Napoleone dobbiamo limitare la disposizione alla volgare sol perchè, essendo vietata la fedecommessaria, non si presume abbia il testatore voluto prevederla.

Istituisco Pietro e Paolo e li sostituisco l'uno all'altro alla loro morte. — Era questa la sostituzione che si domandava *reciproca*. La sostituzione reciproca esser poteva compendiosa come tutte le altre, e ne fa prova l'addotto esempio. Ma oggi è evidente che la espressione *alla loro morte*, potendo intendersi nel senso che il premorente trapassi prima d'aver raccolto, nè più nè meno che nel senso che muoia dopo aver raccolto, è il caso di limitar la disposizione alla sostituzion volgare.

Dono e lego a Pietro e a Paolo la metà dei miei beni e, nel caso che un de'due muoia

senza prole, gli sostituisco il superstite. — Che à mai inteso il testatore? à voluto parlare del caso in cui un de' legatarii morisse prima di lui, o del caso che morisse dopo di lui? Nell'antico dritto ambi i casi sarebbonsi potuti supporre; oggidì un solo conviene ammetterne, quello della morte del legatario prima del testatore. Vero è che le parole *senza prole* paiono elevare più d'una difficoltà sull'esistenza di una sostituzione, ma di una sostituzione volgare; nullostante non bastano i dubbi in questa materia per far volgere l'interpretazione all'annullamento.

Ma, se chiaro risultasse dalle espressioni usate dal testatore che egli à voluto fare una sostituzione volgare e una fedecommessaria, qual sarebbe la sorte di questo fedecommesso compendioso?

Per esempio: — Istituisco Sempronio e, in qualunque tempo egli cessi di vivere, gli sostituisco Caio. — In questo caso àvvi evidentemente sostituzione per ambe le ipotesi, della volgare e della fedecommessaria. Il testatore à chiaramente, espressamente chiamato Caio, sia che Sempronio trapassi prima d'aver raccolto, sia che dopo. Non serve dire che non si presume abbia il testatore voluto violar la legge; la sua volontà di far una sostituzione fedecommessaria risulta necessariamente dalla disposizione e distrugge tutte le presunzioni. Onde si può tradurre nel seguente modo la disposizione in cui versiamo: — Istituisco Sempronio, e, s'egli non può o non vuol raccogliere, lo incarico di restituire i miei beni dopo la sua morte a Caio. — La prima di queste disposizioni presenta una sostituzione volgare a cui nulla può impedire di produrre il suo effetto, se Sempronio muoia innanzi d'aver raccolto; ma, s'egli venga a raccogliere, cadiamo nel caso d'un fedecommesso proibito, e non sarà permesso di lasciar sussistere la disposizione tanto in rispetto a Caio quanto a Sempronio, senza violare l'articolo 886-941 e 943. Del resto il caso che abbiamo tolto a disamina può presentarsi più spesso che non si pensi, chè lo stabilimento d'una sostituzion volgare non toglie che possa farsi condizionalmente una sostituzione fedecommessaria.

Così stando le cose, non sempre è agevole distinguere una sostituzione diretta da una fedecommessaria. Ma tutti gli autori sono concordi su questo punto, che nel dubbio, la sostituzione dee presumersi diretta: e perchè? perchè a niuno impone onere la sostituzione volgare e non à verun degl' inconvenienti della sostituzione fedecommessaria.

Vie maggiormente debbe così essere sotto il Codice Napoleone, il quale inibisce le sostituzioni fedecommessarie e quindi impedisce di presumere che il testatore abbia voluto fare una disposizione contraria alla legge.

§. 1.

Quali sostituzioni fedecommessarie sieno permesse.

1048. [1003]. I beni dei quali il padre e la madre ànno facoltà di disporre, possono donarsi da essi, in tutto o in parte, ad uno o più dei loro figli, con atti tra vivi o di ultima volontà, coll'obbligo di restituirli ai figli nati e nascituri nel primo grado soltanto di detti donatari (1).

1049. [1004]. In caso di morte senza figli sarà valida la disposizione fatta dal defunto con atto tra vivi o per testamento, a vantaggio di uno o più de' suoi fratelli o sorelle, di tutti o parte dei beni che non sono riservati dalla legge alla di lui eredità, con obbligo di restituirli ai figli nati e nascituri, nel primo grado solamente, di essi fratelli o sorelle donatarie (2).

1050. [1006]. Le disposizioni permesse nei due precedenti articoli non saranno valide, se non quando l' obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli nati o nascituri del gravato, senza eccezione o preferenza di età o di sesso (3).

SOMMARIO.

I. La disposizione coll' onere di restituire non può esser fatta che: 1° da un padre o 2° da un fratello. — 1° *Da un padre*. Non può esserlo da un avo. Errore di Delvincourt, Duranton ec.

II. *Da un fratello*. È d' uopo che il fratello muoia senza figli: perchè — La presenza, nel momento della morte, d' un figlio adottivo, annulla la disposizione; ma non la presenza de' figli anche legittimi, rinunzianti alla successione: dissenso col Coin — Delisle. — La liberalità così fatta in una donazio-

(1) Niuna divergenza è fra questi due articoli. *Il Trad.*

(2) All'art. 1049 è conforme l'art. 1004 LL. CC. segue l'art. 1005, che si esprime così: « I figli del gravato ne' casi espressi nei due articoli antecedenti succederanno nei beni come sopra donati, per proprio dritto, senza che il padre o la madre potesse imporvi alcun peso. » Questo articolo è nuovo nelle nostre *Leggi Civili*; ed ebbe ad oggetto di troncar le quistioni che sorgeano per sapere quando i figli de' donatari eran chiamati come figli e non come eredi, e perciò quando dovean rispettare i pesi imposti dal primo donatario su' beni da restituirsi. *Il Trad.*

(3) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

ne tra vivi da un fratello senza figli sarebbe rivocata per sopravvenienza di figli. Errore del Toullier.

III. Significato delle parole. « *nel primo grado* » che si leggono nei nostri due articoli. Significano: *alla prima generazione*. Dissenso con Delvincourt, Duranton ec. — La sostituzione non è permessa che in favore di *tutti* i figli.

IV. Leggi del 1826 e del 1849.

V. La sostituzione fedecommessaria può combinarsi con la sostituzione volgare; ma questa non dee presumersi come sotto l'ordinanza del 1747.

I — 206. Una sostituzione non può aver luogo che in una liberalità fatta da un padre o da una madre ad uno o più de' suoi figli, o da un fratello o una sorella ad uno o più dei suoi fratelli o sorelle.

Nel primo caso si richiede una liberalità fatta da un padre o da una madre al figlio; e si va errato quando si dice (1) essere lo stesso della liberalità fatta da un avo al nipote. L'art. 1048-1003 non parla che dei *genitori* che donino ai loro *figli*, e siccome questa è una eccezione, non si può andar oltre i suoi termini. Daltronde, avendo il tribunato proposto d'aggiungere alle parole « genitori... figli » le parole « *e altri ascendenti... e discendenti* » quest'aggiunzione non fu ammessa (Fenet, XII); per goisa che non si può dire, come pur fa il Durantnn, che vi sia stata *dimenticanza* a tal riguardo. Non si può dir tampoco che il cambiamento avesse dovuto sembrare inutile, quando si vede il capitolo seguente, e nella sua rubrica e nei diversi suoi articoli, parlar delle disposizioni fatte dal padre, dalla madre e da *altri ascendenti* verso i loro figli *e discendenti*. Adunque positivamente non trattasi che del padre e della madre, come à giudicato un recente arresto di Parigi (2).

II — 207. Nel caso di fratelli o sorelle è d'uopo che colui il quale fa la disposizione muoia senza figli.

Sicchè quegli che lascia un figlio e che potrebbe donare o legare, sia ad un fratello, sia ad ogni altra persona, la metà della sua fortuna (art. 913-829), non potrebbe tuttavia fare al fratello la menoma liberalità con onere di restituzione. Del che è facile comprendere la ragione: le sostituzioni son vedute col massimo disfavore; in principio erano radicalmente nulle e rendean nulla la liberalità a carico della quale eran messe; e, se il legislatore del 1804 à consentito ad ammetterle per eccezione, è stato solo in favor d'un'alta considerazione morale. Così Tizio à per unico erede un figlio dissipatore il quale, se diverrà padrone di tutta la fortuna del padre, non ne trasmetterà pure un centesimo ai figli che lascerà morendo: la legge, nell'interesse de' figli nati e nascituri di questo figlio dissipatore, permette a Tizio di donare a cotesto figlio la sua disponibile con obbligazione di conservarla durante la sua vita per trasmetterla morendo a tutti i suoi figli. Sempronio, che non à figli e il cui erede presuntivo è un fratello prodigo, potrà fare altrettanto rispetto a questo fratello, per assicurare ai figli nati e nascituri di lui de'beni onde li priverebbe la condotta disordinata del padre loro. Come si scorge, l'eccezione ammessa dai nostri articoli non lo è che nello interesse dei figli d'una persona che venir dovrebbe *ab intestato* alla successione del disponente. Io posso donare con sostituzione ai miei figli, poichè son unici eredi, posso donare con sostituzione ai miei fratelli quando non ò figli, perchè questi fratelli sono allora i miei eredi; ma non posso così donare ai miei fratelli, se morendo lascio un figlio, giacchè allora questo mio figlio è il solo erede, e la sostituzione non avrebbe più per iscopo di venir in soccorso delle regole di successione legittima, garentendo la trasmissione dei miei beni ai figli di colui che da me deve ereditare. Ecco perchè l'art. 1049-1004 non dichiara valida la liberalità fatta a un fratello con sostituzione, che *in caso di morte senza figli* dal canto del disponente.

E, poichè tale è il pensiere del Codice, vuolsi dunque riconoscere che la disposizione d'un fratello si troverebbe nulla per la sola presenza d'un figlio adottivo nel momento della sua morte; attesochè a questo figlio adottivo e non al fratello donatario o legatario i beni vanno *ab intestato* (3).

Indarno il Coin Delisle n° 9, per motivare una decisione contraria, ci dice che l'art. 1049-1004 non à per obbietto di conferir dritti successori. Certo niun dritto successorio conferisce l'articolo 1049; ma dice, come riconosce lo stesso Coin-Delisle, n° 7, che la liberalità fatta a un fratello con sostituzione non è valida che nel caso in cui questo fratello è erede del disponente; or questo fratello non è più erede quando il disponente lascia un figlio adottivo, avendo questi gli stessi dritti di successione d'un figlio legittimo (art. 350-271). Reciprocamente, e checchè si dica ancora il Coin-Delisle n° 10, a noi sembra evidente che la disposizione sarebbe valida, comunque il disponente lasciasse uno o più figli legittimi, se questi figli rinunziassero alla sua successione; mercecchè allora 1° il disponente morrebbe senza figli in quanto alla sua successione, in quanto alla disposizione de'beni, 2° sarebbe suo erede il fratello gravato di sostituzione, in modo che il pericolo di veder dissiparsi i beni (al quale nel sistema de' nostri ar-

(1) Delvincourt; Duranton, IX — 525; Vazeille (art. 1048 n° 3); J. *du P.*, Merlin (*Rep.* V. *Sost.* tit. 2 cap. 2 sez. 1 § 4).

(2) Parigi 23 agosto 1850. (Dall. 51. 2. 41).

(3) Villargues (Rep. di Favard, cap. 2, sez. 2); Dalloz, n° 6, J. du P. sez. I.

ticoli dee rimediar la sostituzione) si presenterebbe nè più nè meno che se i figli punto non esistessero.

208. Avvi un caso, del rimanente, in cui la liberalità fatta al fratello con sostituzione, se lo fosse con donazione tra vivi, si troverebbe nulla, tuttochè niun figlio lasciasse morendo il disponente; il qual risultato è di tale evidenza che non avremmo d' uopo d' indicarlo, se non fosse stato negato da un grave autore. Vogliam parlare del caso in cui il donante, senza figli al momento della donazione, si fosse veduto sopravvenire un figlio che poi gli fosse premorto. Egli è ben patente che allora la donazione, non perchè contiene una sostituzione, ma solo perchè è donazione tra vivi, sarebbe annullata per la sopravvenienza del figlio (art. 960. 885), senza che la morte posteriore di questo figlio la facesse rinascere (articolo 964-889). Egli è strano per avventura che il Toullier (V. 797) abbia potuto dire che la donazione sarebbe mantenuta in questo caso, o che l'art. 1049-1004 deroghi all' art. 960-885 in grazia delle sostituzioni. Una donazione gravata di sostituzione, che resta valida, quando una donazione ordinaria sarebbe nulla! una nullità che colpisce tutte le donazioni, eziandio quelle fatte in favor del matrimonio è che disparirebbe *per favorire le sostituzioni*, quelle sostituzioni che il Codice fa segno alla più severa riprovazione. In verità, è cosa da non credere i fin dove non conduce l' obblio di quella regola così semplice, così elementare, che una proposizione dee sempre intendersi *secundum subjectam materiam*, dal punto di veduta della materia che si tratta. Qui non si tratta punto delle cause di rivocazione; e il nostro capitolo lascia indubitatamente intatti tutti i principi precedentemente posti, sia sulla rivocazione delle donazioni (quando la sostituzione sta in una donazione), sia sulla rivocazione de' testamenti (quando sta in un testamento); si tratta sibbene de' casi in cui la sostituzione è possibile, e dicesi che lo è nella liberalità d' un fratello al fratello, se il primo non à un figlio, il quale impedisca che abbia per erede il secondo. Ma beninteso, fa mestieri inoltre ed anzitutto che la nostra liberalità non sia nulla come liberalità ordinaria.—Lo stesso Duvergier nelle sue note riconosce qui l'errore del Toullier.

III. — 209. Un punto che à dato luogo a controversia su i nostri articoli, comechè a noi paia pur semplicissimo, è quello di sapere qual sia il significato delle parole: « *nel primo grado soltanto* »

Secondo il Delvincourt, queste parole potrebbero significare « nel primo grado *di sostituzione*, con un sol grado di sostituzione; » cotalchè la disposizione sarebbe valida, sol perchè non contenesse che una sola volta l' obbligazione di conservare e restituire e perchè i chiamati non fossero a lor volta tenuti a conservare per altri, qualunque fosse, del rimanente, il grado di parentela di questi chiamati. Onde il padre potrebbe donare al figlio o il fratello al fratello, con onere di restituire, sia ai figli, sia, ove così gli piacesse, ai nipoti *ex filio* del donatario.

Gli altri autori tutti rigettano questa dottrina, e riconoscono trattarsi nei due articoli del grado di *parentela*, ma si dividono ancora in due campi. Secondo gli uni, queste parole significherebbero « nel grado più prossimo (in fatto); » di guisa che, se il donatario non avesse più figli, ma solo de' nipoti, l'onere di restituire potrebb' essere stabilito in favor di questi nipoti (pronipoti, *ex* filio o *ex* fratre, del disponente). Gli altri per l'opposto insegnano trattarsi del primo grado di generazione; e noi non esitiamo a dire che la loro dottrina è la sola vera (1).

210. Egli è evidente innanzi tratto che trattasi del grado di parentela e non del grado di sostituzione: lo provano abbastanza la mente e il testo de' nostri articoli. Che le ordinanze del 1560 e del 1747 abbian parlato de' gradi di sostituzione, era pur naturale, attesochè quelle ordinanze intendeano precisamente a fissare i limiti delle sostituzioni graduali, per l' innanzi permesso indefinitamente (chè non un testo di legge, ma soltanto la dottrina le limitava al decimo grado o dopo una durata di cento anni); ma il Codice al contrario, vietando severamente per principio qualsivoglia sostituzione, e non permettendole eccezionalmente che in un sol caso particolare, in cui non indica che una classe o un ordine solo di chiamati, è chiaro che non v'era pertanto che un sol grado di sostituzione, senza che fosse mestieri spiegarsi altrimenti. Ondechè lo spirito del Codice bene indica già che dei soli gradi di parentela poteva essere quistione; ma non lo indicano ancora chiaramente il suo testo o il posto che occupano le parole in che versiamo? I due articoli ripetono l'un dopo l'altro: coll' onere di restituire *ai figli nati e nascituri nel primo grado, de' detti donatarii*: or non è egli palpabile che si tratta di figli *nascenti nel primo grado*; e non mica d'una sostituzione nel primo grado?

E, poichè si tratta de' figli *nascenti nel primo grado*, è dunque per fermo il primo grado di generazione, e non già il primo grado (anzichè il secondo o il terzo) che troverebbesi

(1) Toullier, V. 726; Coin — Delisle, n. 1; J. du. P. Rep. ser. 1; — *Contra*: Maleville, art. 1051; Grenier, n. 899; Duranton, IX — 525 Vazeille, art. 1048 n. 1.

il più prossimo in fatto e che non sarebbe attualmente preceduto da verun altro; talchè il testo de' nostri articoli basterebbe ancora per rigettar la seconda convinzione. E come dubitarne a fronte dell'art. 1051-1007, il quale non permette la rappresentazione ai figli del secondo grado, se non quando concorrano con figli del primo? Se i compilatori si fossero fatti determinare dalle considerazioni che allegansi in favor de' nipoti del gravato, se avessero voluto che, in mancanza di figli, potessero esser chiamati questi nipoti, non è egli manifesto che avrebbe loro lasciato il dritto di rappresentazione pel caso di premorienza di tutti i figli del primo grado? . . Il Codice adunque, dopo aver fermato per principio un severo divieto, non à inteso ammettere che un'eccezione strettissima; e le discussioni del consiglio di Stato provano ancora con quanta ripugnanza si sia consentito a questa eccezione, per quanto pur fosse ristretta.

211. Notiamo in fine che l'onere di restituire non può mai cadere che su i beni disponibili (art. 1048 e 1049-1004 e 1005), e che dev'essere in pro di tutti i figli del gravato senza eccezione (art. 1050. 1006). Se dunque l'onere fosse messo a favore del solo primogenito o dei figli maschi o soltanto dei figli attualmente nati, la sostituzione sarebbe nulla e renderebbe nulla la disposizione principale.

IV. — 212. Nel 1826 il governo della Ristorazione, comprendendo benissimo, come l'avea compreso Napoleone nel 1806, che una monarchia non è durevole se non a condizione d'esser circondata d'istituzioni aristocratiche, che il principio d'uguaglianza (e pertanto di divisione del suolo) iscritto nella nostra legge delle successioni democratizzava ognor più il paese, volle (come se fosse possibile!) arrestare il corso delle cose e delle idee, e propose un progetto di legge sul dritto di primogenitura. Questo progetto, respinto dall'opinione pubblica, venne respinto eziandio dalla legislazione; se non che fu adottato uno de'suoi articoli relativo alle sostituzioni e promulgato il 17 maggio di quell'anno. Era così concepito: « I beni, di cui è permesso disporre ai termini degli articoli 913, 915 e 916 C. Civ. potranno esser donati in tutto o in parte per atto tra vivi o testamentario coll'onere di restituirli ad uno o più figli del donatario, nati o nascituri, fino al secondo grado inclusive. »

Questa disposizione apportava al Codice quattro cambiamenti: 1° la liberalità gravata di sostituzione, in luogo di non poter esser fatta che dal padre del donatario o dal fratello di lui senza figli, poteva esserlo da qualunque persona (e quindi da un fratello avente figli, come da ogni altro); 2° in luogo di non poter esser messo che a favor di tutti i figli del donatario collettivamente, l'onere di restituire poteva esserlo a favore o di tutti o di alcuni o d'un solo a capriccio del disponente; 3° invece di non poter esserlo che a favore dei suoi figli della prima generazione, poteva esserlo per uno o più dei suoi *discendenti*, di qualunque grado si fosse; 4° in cambio di non poter esistere che una sola volta, poteva esser graduale, fatta a due gradi, per modo che ciascun chiamato, dopo aver raccolto dal gravato, fosse egli stesso a sua volta gravato in favor d'altri chiamati.

Questa legge, evidentemente contraria agli istinti della nazione, e che tuttavia fu mantenuta dopo la rivoluzione del 1830, non poteva ormai sopravvivere a quella del 1848: e sì fu abrogata con la legge degli 11 marzo 1849, la quale, dopo aver colpiti i maggiorati, come abbiam veduto sotto l'articolo 896, termina con questi due articoli:

« Art. 8. La legge del 17 maggio 1826 sulle sostituzioni è abrogata.

« Art. 9. Le sostituzioni già stabilite son mantenute a favor di tutti i chiamati nati o concepiti alla promulgazione della presente legge.

« Quando una sostituzione sarà raccolta da uno o più dei chiamati di cui è parola di sopra, gioverà a tutti gli altri chiamati dello stesso grado o ai loro rappresentanti, in qualunque epoca sia cominciata la loro esistenza. »

213. Secondo questi articoli, la legge del 1826 più non esiste, e noi siam rientrati sotto l'impero del Codice civile: l'onere di conservare e restituire un bene donato non può più essere imposto senza produrre la nullità della disposizione medesima, che quando il disponente si trova essere, sia il padre o la madre del donatario, sia il fratello o la sorella di lui che muoia senza figli e purchè l'onere sia di restituire a tutti i figli di questo donatario. Niun'altra sostituzione potrà farsi in avvenire. — In quanto a quelle fatte anteriormente fuori di queste condizioni e in virtù della legge del 1826, convien distinguere: se niun chiamato era ancora nato o concepito il dì della pubblicazione della nuova legge, il bene è immantinenti divenuto libero e alienabile nelle mani del donatario; se uno o più de'chiamati erano già concepiti, la sostituzione avrà effetto per tutti questi chiamati, qualunque sia il loro grado di sostituzione (o, ben s'intende, pe' loro rappresentanti); e questo effetto s'estenderà anzi ad ogni chiamato, posteriormente concepito, che si trovi nello stesso grado di sostituzione del chiamato concepito (e altresì al suo rappresentante). Ma i chiamati non concepiti, il cui grado di sostituzione è più lontano di quello del chiamato concepito, non avran mai dritto veruno, e l'o-

nere di restituire è per essi come non avvenuto.

Così supponiamo che Paolo abbia raccolti nel 1840 de' beni legatigli da un suo amico, a condizione di restituirli ai suoi due primi figli. Se Paolo alla pubblicazione della legge non aveva alcun figlio nè nato nè concepito, l'onere di restituire è svanito all'istante; se aveva un figlio, l'onere di restituire sussiste non pure a favor di questo figlio, ma altresì a favore del secondo che potrà sopravvenire fra qualche anno. Del pari, se il legato è stato fatto con onere di restituir soltanto al figlio primogenito, il quale doveva a sua volta restituire a tutti i nipoti di Paolo, e questi alla pubblicazione della legge avesse già avuto un nipote concepito, l'onere di restituire esisterà non solo per Paolo a favor del figlio e per quest'ultimo a favor del nipote, ma eziandio a favore di tutti gli altri nipoti, dacchè un chiamato del loro grado trovavasi concepito alla pubblicazione della legge. Ma se in questo medesimo caso nessun nipote era stato concepito nel momento della pubblicazione, i nipoti concepiti più tardi non avrebbero alcun dritto, e l'onere di restituire, dopo esser continuato per Paolo verso il figlio primogenito, punto non esisterebbe per quest'ultimo verso i suoi figli e nipoti.

Ciò compreso, ritorniamo alla spiegazione delle disposizioni del Codice.

V. — **214.** La sostituzione fedecommessaria può trovarsi accompagnata da una sostituzione volgare. Così io posso, legando i miei beni a mio fratello con onere di restituirli tutti al suo unico figlio, aggiungere che, nel caso in cui mio fratello non raccogliesse il legato, suo figlio fosse legatario diretto invece di lui. La è una disposizione permessa sempre dall'art. 898 — 936.

Ma, se questa sostituzione volgare aver debbe il suo effetto quando è formalmente scritta nella disposizione, si fa aperto, checchè altri ne abbia detto (1), non potersi più sottintendere o presumere di pieno dritto nella disposizione che punto non si spieghi. Che l'ordinanza del 1747, allorchè le sostituzioni erano assolutamente permesse ed avean radici profonde ne'costumi, abbia fermato per principio, secondo il pensiero probabile dei disponenti, che, quando vi fosse caducità dell'istituzione o della prima sostituzione, il sostituito chiamato dopo il mancante ne prenderebbe il luogo; che per favore delle sostituzioni siensi lasciati da banda i principi romani, ne' quali, come faceva notare Furgole, la caducità dell'istituzione si traeva dietro necessariamente quella della sostituzione, ciò si comprende; ma oggi che le sostituzioni sono ammesse per tolleranza, per eccezione, questo favore non è più possibile, ed è forza riconoscere che, quando un gravato non raccoglie, la sostituzione fedecommessaria svanisce, chè, cadendo il legato, dee cadere eziandio la sostituzione che esso conteneva e che in esso e per esso esisteva.

215. Ad ogni modo, non potrebbe dirsi oggi che l'istituito o il sostituito non à raccolto quando è sopravvissuto all'apertura del dritto ed è morto in seguito senza accettare. Un tempo non bastava che l'istituito (o il primo sostituito a sua volta) fosse vivente e capace all'apertura del dritto, perchè avesse raccolto; si richiedeva che avesse accettato, sia espressamente, sia con qualche atto che facesse palese la sua volontà; e, se moriva innanzi l'accettazione e non avea raccolto, non era divenuto proprietario (ord. 1747 art. 36). Oggidì non potrebbe esser lo stesso: dichiarando l'art. 711-632 che la proprietà si trasmette all'istante per donazione o per testamento fin dall'apertura del dritto, siccome insegnano il Grenier (n° 377) e il Coin — Delisle (n° 37), l'istituito o il sostituito sarà proprietario e avrà raccolto.

1051. [1007]. Se nel caso espresso di sopra, colui il quale è gravato di sostituzione in vantaggio de' suoi figli, muore, lasciando dei figliuoli in primo grado e dei discendenti di un figliuolo predefunto, questi ultimi raccoglieranno per diritto di rappresentazione la porzione del figliuolo premorto (2).

216. Quando un gravato, il quale à più figli, due per esempio, e dei discendenti di ciascuno di essi, à perduto uno dei figli, siccome l'onere di restituire continua a sussistere a pro del figlio superstite, non àvvi alcun' inconveniente a farne profittare con esso lui i discendenti dell'altro, di qualunque grado sieno; al contrario gli è il mantener l'uguaglianza fra i due rami di discendenza un impedir la trasmissione di tutti i beni in un solo ad esclusione dell'altro, un ravvicinare per quanto è possibile alla successione ordinaria questa specie di successione contraria al dritto comune, e mostrarsi conseguente con la regola che non permette

(1) R. de Villargues, num. 338; Duranton, numeri 601-602, *J. du P.*, e· I, sez. V.

(2) L'art. 1051. C. Nap. non fu propriamente riformato, ma subì solo una diversa redazione, come mostra l'artic. 1007 LL. CC. formolato così: « Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare il primo grado. Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto anno il dritto di prendere la porzione del loro ascendente per dritto di rappresentazione, quando anche esistessero altri figli del primo grado. » *Il Trad.*

la sostituzione se non a favore di tutti i figli e non per alcuni soltanto. Epperò la rappresentazione è ammessa per questo caso. Ma, quando i due figli premuoiono entrambi, la sostituzione allora si trova estinta e i beni rimessi nel commercio, per guisa che dare allora ai discendenti ulteriori il dritto di rappresentazione sarebbe stato far rinascere una sostituzione caduta e prolungarla al di là della durata che aver doveva: pertanto la rappresentazione è allora rigettata.

1052. [1008]. Se il figlio, il fratello o la sorella cui fossero stati donati beni con atto tra vivi, senza obbligo di restituzione, accettino una nuova liberalità, con atto tra vivi o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente donati rimangano gravati di questo peso, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni, e di rinunziare alla seconda per attenersi alla prima, quando anche offrissero la restituzione dei beni compresi nella seconda disposizione (1) (2).

217. Quando una persona à prima legato senza onere di restituire de' beni cui vuol poscia imporre quest' onere, nulla le è più agevole che rivocare il primo testamento con un secondo nel quale la medesima liberalità sarà fatta con onere di restituzione. Ma, quando la prima liberalità è stata fatta con una donazione fra vivi, il gran principio dell'irrevocabilità delle donazioni non permette di rifarsi sull'estensione della disposizione già fatta; e il donante non avrebbe potuto gravar questi beni posticipatamente, se la legge non glielo permettesse con la disposizione formale del nostro articolo.

Ei lo potrà, come si vede, mediante una nuova donazione tra vivi o testamentaria (e solo con questo mezzo, giacchè tutto è di dritto stretto e rigoroso in materia di sostituzione): per debole che sia la seconda liberalità e ancorchè la condizione di restituire non cada su di essa, questa condizione avrà pure il suo effetto, senza che al donatario sia dato esimersi dall'onere, neppure offrendo d' abbandonare i beni che ne sono stati il prezzo. Uno è sempre libero di non obbligarsi, ma non è libero d' infranger poi l'obbligazione a cui si è legalmente sottomesso.

218. Più oltre vanno il Toullier (n° 732) e il Grenier (n° 361), i quali pretendono che, se colui il quale accetta queste due liberalità successive è erede riservatario del donante, l'onere di restituire sarà irrevocabile per tutti i beni che ne son colpiti, quando pur questi beni formassero la riserva del donatario: questo erede è in dritto, secondo essi, di rinunziare alla sua riserva.

A prima giunta non si scorge in verità perchè i due autori non accolgano questa idea che ad occasione d' una seconda liberalità che riporti l' onere di restituire su una liberalità anteriore; egli è evidente che, se la loro dottrina è vera, deve applicarsi egualmente a una liberalità unica fatta, coll' onere di restituire; e tanto pretende in ultima analisi anche il Toullier. Ma questa dottrina è falsa nella sua generalità e in quanto trattasi di sostituzioni messe in donazioni tra vivi. Difatti, poichè la riserva è proprio la successione, l' accettazione fatta dal riservatario della condizione ond' è parola costituirebbe adunque in una donazione tra vivi una rinunzia ad una successione non aperta, un patto su questa successione; or l'articolo 1130-1084 dichiara positivamente che simili atti son nulli. Altrimenti sarebbe in caso di testamento, giacchè all' accettazione del legato la successione è aperta, in modo che nulla impedisce che l' erede rinunzi alla sua riserva e si sottoponga a quelle obbligazioni che più gli piaccia.

219. Non occorre dire che l' onere di restituire così imposto posticipatamente a un'anteriore donazione non potrebbe nuocere in niuna guisa ai dritti che un terzo avesse acquisiti su i beni, quando erano liberi in mano al donatario.

§ 2.

Dritto del gravato e dei chiamati. Apertura delle sostituzioni.

1053. [1009]. I diritti dei chiamati saranno aperti nell' epoca in cui, per qualsivoglia causa, il figlio, il fratello o la sorella gravata di restituzione cesseranno di possedere i beni: l' abbandono anticipato dei beni a favore dei chiamati non pregiudica ai creditori del gravato anteriori all' abbandono (3).

SOMMARIO.

I. Dritti del gravato a de' chiamati prima dell' apertura. Quistioni diverse.
II. Continuazione.
III. Cause di apertura. Sonvene quattro. Indicazione delle prime due: morte del gravato; — Decadenza per manco di nomina del tutore.
IV. Terza causa: abbandono anticipato del gravato. Quando è possibile questo abbandono per la proprietà e d' un modo diffinitivo?
V. Quarta causa: scadenza del termine prefisso. Osservazione.

(1) È noto che le disposizioni dell' ord. del 1747 corrispondente a quella dei nostri articoli sono riportate nel Cod. Tripier.

(2 a 3) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Tr.*

VI. L'abuso di godimento del gravato non è una causa di apertura. Dissenso con Toullier, Delvincourt, Duranton ec.
VII. Neppure avvi causa di apertura nella rivocazione della liberalità per inesecuzione o per ingratitudine. — Risultati di questa rivocazione. Critica della dottrina del Coin — Delisle e di quella del Duranton.
VIII. Infine non v'è causa di apertura nel rifiuto del gravato di accettar la liberalità. Confutazione della dottrina del Coin — Delisle.
IX. Dritti a' creditori del gravato e de' suoi terzi acquirenti in caso di restituzione anticipata.
X. Come finiscono le sostituzioni.

I. — 220. Questo articolo è d'un laconismo e d'un' ambiguità veramente strani. I dritti de' chiamati, dice, si apriranno quando cesserà il godimento del gravato : ma prima di tutto, il dritto del gravato non è dunque che un dritto di godimento?... poi, quali cause faran cessare questo dritto del gravato?... Non va egli tropp' oltre il Codice e non si serve d'espressioni inesatte, quando dice che ogni cessazione del godimento del gravato aprirà i dritti de'chiamati?... quali saranno i dritti di questi chiamati, sia quando si aprirà la sostituzione, sia prima ?...... il dritto qualunque che ànno i chiamati innanzi l' apertura della sostituzione è forse indipendente dal mutamento di volontà del disponente e del gravato ?... Queste quistioni e talune altre che vi si rannodano àn duopo d'esser qui esaminate; e si vede tosto che il testo del nostro articolo ci sarà di ben lieve utilità per la loro soluzione.

Il donatario o legatario, gravato di rimettere a dei sostituiti i beni che à ricevuti, non lascia d'essere proprietario di questi beni; ei non ne à solo il *godimento*, ne à il *dominium*; non si è già attribuito al gravato l'usufrutto ed ai chiamati la nuda proprietà; si è conferita al primo una proprietà compiuta che passerà dopo di lui ai secondi; se nonchè appunto per essere il gravato tenuto a restituire e per non essere proprietario che per un dato tempo, la proprietà è dunque rivocabile nelle sue mani. Ma, e di chi mai sarebbe la proprietà, se del gravato non fosse ?..... non de' chiamati, giacchè spesso non sono ancora concepiti, e la proprietà non può mal stare in sospeso, e dee sempre adagiarsi su qualche testa.... adunque proprietà, ma proprietà rivocabile: ecco il dritto del gravato.

Poichè il gravato è proprietario, a lui solo dunque apparterrebbe il tesoro ch' egli avesse trovato sopra uno de' fondi della sostituzione; egli ne avrebbe una metà come inventore, l'altra metà come proprietario del bene che celava il tesoro (art. 716-636). — Poichè è proprietario, potrebbe dunque ipotecare o alienare i beni, e questi potrebbero esser pegnorati e venduti dai suoi creditori (1) ; ma, essendo la sua proprietà risolvibile, è chiaro che, se la rivocazione si compie, le ipoteche, alienazioni e concessioni quali che sieno di dritti reali svaniranno e si troveranno non esser mai esistite. Ben inteso, spetta al gravato, poichè egli solo à il godimento de' beni, a sopportar tutte le spese che son riguardate come onere de'frutti, segnatamente le riparazioni di mantenimento; ma in quanto alle riparazioni straordinarie ed agli altri pesi della proprietà, siccome questa proprietà, benchè al gravato attualmente appartenga, non gli appartiene che transitoriamente e per un tempo, cadranno, non già a carico personale del gravato, ma a carico della sostituzione, a carico di essi i beni, la cui importanza sarà scemata d' altrettanto : onde si procaccerà la somma necessaria, sia prendendo i capitali che posson trovarsi fra i beni sostituiti, sia vendendo una parte di questi beni (Toullier, n. 775; Coin-Delisle n. 28; *I. du P. sez.* 7).

221. Il dritto de' chiamati, finchè la sostituzione non è aperta si limita a una semplice speranza; ma questa speranza alla conservazione della quale la legge stessa à con cura vegliato, como si vedrà più innanzi, autorizza dal canto loro o di quelli che de' loro interessi sono incaricati, l'uso di tutte le misure che, senza ledere il dritto del gravato, possano assicurare l'attuazione del dritto de' chiamati. E, beninteso, il chiamato può trasferire questa speranza in una altra persona, cui porrà in sua vece.

Ma questa speranza, che (anche prima del concepimento del chiamato) noi veggiam nascere e circondarsi già delle protezioni della legge, basta essa perchè il donante non possa, con una convenzione formale col suo donatario, scancellare posticipatamente l'onere di restituire? Noi non parliamo del caso di testamento; chè allora non v'è se non un progetto, cui il suo autore può modificare o sopprimere fino alla sua ora estrema. Ma il punto è delicato in caso di donazione fra vivi: Delvincourt e Vazeille (n° 5) pensano che l'onere di restituire può sempre esser soppresso, finchè un de' chiamati non à espresso che intende profittare del beneficio, attesochè, l'art. 1121-1075, il quale permette d' imporre un onere a favor d' un terzo quando esso è la condizione d' una donazione che si fa ad un altro, non rende quest'onere irrevocabile che quando il terzo à dichiarato di volerne profittare. Si aggiunge che, s' egli era altrimenti sotto l' ordinanza, ciò dovea esse-

(1) La Corte di Parigi, che prima avea sconosciuto questi principî con un arresto del 12 gennaio 1847, gli à poi consacrati con uno più recente del 25 luglio 1850. E sono stati eziandio sanciti dalla Corte Suprema il 5 maggio 1830 (Dev. 30, 1, 162; 47, 2, 82; 50, 2, 459).

re quando le sostituzioni erano in favore; ma che, oggi che sono proibite in principio, permesse soltanto per eccezione, non si dovea rinnovar per esse la disposizione favorevole dell' ordinanza, e che difatti, non esistendo nel Codice questa disposizione, è pur forza sottomettersi al principio dell'art. 1121. Altri per l'opposto inseguano che, una volta accettata la donazione dal gravato, l' onere non può più esser rivocato nemmeno col concorso della volontà del donante e del donatario (1).

Noi seguiamo quest' ultima opinione fondandoci sul seguente motivo di Coin-Delisle che ci sembra decisivo: la donazione con onere di restituire contiene due donazioni, una pel gravato, una pei chiamati: tanto è ciò vero che i sostituiti, quando raccoglieranno, non riceveranno dal gravato, ma dal disponente, *non a gravato, sed a gravante*, saranno donatari di questo disponente, e non è per avventura chi nol riconosca.

Ma, poichè àvvi nella prima una seconda donazione, e una donazione, non può sussistere che coll'accettazione del donatario (art. 932-856), ne segue che, se la legge riconosce valida questa seconda donazione, gli è perchè la vede accettata pe'sostituiti coll'accettazione del gravato; perchè la regola di dritto comune, la quale (nell' art. 935-859) permette agli ascendenti di accettare pe' loro discendenti incapaci di farlo, e non parla che dei discendenti attualmente nati, giacchè a questi soli permette il dritto comune di donare, trovasi implicitamente, ma forzosamente estesa ai discendenti nascituri ne'casi eccezionali in cui è permesso di donare. Ciò posto, si trova dunque nell' onere di restituire il beneficio della sostituzione è stato accettato dal terzo, dal sostituito; che questo terzo per la bocca del suo rappresentante legale à dichiarato volerne profittare, e quindi siffatto onere è irrevocabile giusta la regola medesima dell'articolo 1121-1075.

II — 222. Innanzi di passare alle cause di apertura della sostituzione, val dire alle cause che debbono trasformare in una proprietà attuale de'beni la speranza de' chiamati, esaminiamo ancora talune quistioni che farà nascere sovente la coesistenza della proprietà attuale del gravato e della speranza de' chiamati.

Abbiamo veduto che il gravato può benissimo ipotecare o alienare i beni, salvo l'eventualità della risoluzione, che rivocherà, ove si attui, tutte le concessioni fatte; ma questi beni potrebbero mai essere obbietto d' un'ipoteca o di un' alienazione irrevocabile? Noi pensiamo di no: così sulle prime, in caso di assoluta necessità (per far fronte a riparazioni straordinarie o per pagare i debiti lasciati dal disponente a carico della sostituzione), par certo che sarebbe permesso procacciarsi i capitali necessari, sia con una alienazione parziale, sia con un mutuo a ipoteca, e che il gravato potrebbe ottener legalmente questo risultato, facendo intervenire il tutore alla sostituzione (art. 1055, 1056-1009, 1012), e seguendo le forme volute per ipotecare o alienare i beni de' minori (art. 457-380 e seg. 2126-2012). Crediamo anzi che, salvo questo caso d' alienazione in giudizio, i beni gravati potrebbero esser venduti all' amichevole e per qualsivoglia causa, se i chiamati fossero maggiori e capaci e se tutti consentissero. Ma, perchè stesse tranquillo l' acquirente, sarebbe mestieri che più non vi fossero chiamati nascituri; chè, se un solo ne sopravvenisse, sarebbe nulla in quanto a lui l'alienazione; e se accadesse che gli altri chiamati premorissero al gravato e che questo nuovo sostituito soltanto gli sopravvivesse, egli solo si troverebbe così in grado di raccogliere tutti i beni e la vendita sarebbe nulla per l'intero.

223. Un punto delicato è ancora quello di sapere se la transazione sia possibile pe'beni gravati di sostituzione. Noi crediamo tuttavia cogli autori che questa transazione dovrebbe mantenersi, ove si fossero eseguite le forme cotanto rigorose richieste dall'art. 467-390 per le transazioni fatte in nome de' minori: la legge non à potuto aver in mente d'esser più severa pe' beni colpiti di sostituzione che per quelli de' minori o degli interdetti.

224. Un' ultima quistione, di cui non possiamo far senza di favellare, è quella di sapere qual sarà rispetto ai chiamati l'effetto delle prescrizioni che saran decorse in favor del gravato o contro di lui innanzi l'apertura della sostituzione: così un fondo appartenente alla sostituzione trovasi alla morte del gravato posseduto da lunga pezza a titolo di proprietario da un terzo; sono i chiamati tenuti a rispettar gli effetti di questo possesso ed è decorsa contro di loro la prescrizione? La quistione era altamente controversa un tempo, e lo è tuttora oggidì (2).

Per la negativa si dice che i chiamati non àn potuto interrompere la prescrizione (massime quando non erano ancor nati), e che essi trovansi pertanto sotto la protezione della massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ma, se ciò era vero un tempo, è falso oggi che i chiamati son rappresentati da un tutore specialmente gravato di conservare i loro dritti. Si aggiunge che la prescrizione non corre punto contro i beni inalienabili. Ciò è vero pe' beni che sono completamente ina-

(1) Toullier, V — 793; R. de Villargues, rep. Fav., c. 2, sez. 2. Dalloz. sez. 2. art. 7; Coin-Delisle art. 1048 n° 14.

(2) *Neg.*: Delvincourt; Grenier; n° 383; Vazeille *Pres.* n° 303; Coin-Delisle, art. 1048, n° 31 — *Aff.*: Duranton, IX — 610; Dalloz sez. 2, art. 5; *J. du P.* sez. 7.

lienabili, insuscettivi di star nel commercio, come le cose che sono del demanio pubblico (una piazza di guerra, un fiume); è falso per quelli che possono essere alienati in certi casi e sotto certe condizioni, le foreste dello Stato, per esempio, sono certamente prescrittibili; e se i beni de' minori e i beni dotali sono imprescrittibili, gli è unicamente, perchè una special disposizione conferisce loro questa qualità eccezionale (articolo 2252, 2255-2158, 2161). S' invoca l'art. 2257-2163, il quale dichiara che la prescrizione d' un credito condizionale non può cominciare che dopo avveratasi la condizione; or, si dice, il sostituito non avea che un dritto dipendente dalla condizione, *se premuoia il gravato*. Ma gli è per avventura far dell'art. 2257-2163 la più falsa applicazione. E di fermo, il terzo detentore non pretende già aver prescritto un credito; pretende aver prescritta la proprietà dell' immobile che possiede. Questa regola dell' art. 2254 — 2160 non può applicarsi che *fra un creditore e il suo debitore*: onde che il gravato (o dopo di lui il suo erede o il suo legatario universale) si pretenda a fronte de' sostituiti divenuto proprietario irrevocabile e liberato dall'obbligo di restituire i beni, perocchè à posseduti questi beni per meglio di trent'anni senza che niuno gliene domandasse la restituzione; sarebbe il caso dell' art. 2257-2163, sarebbe il caso di quella regola di dritto e di ragione, che il debitore non può dirsi liberato dalla sua obbligazione sotto il pretesto che si son lasciati scorrer trent'anni senza domandarne l' esecuzione, attesochè l' esecuzione non à potuto domandarsi per esser quell'obbligazione dipendente da una condizione non adempiuta. Ma invocar questa regola contro un terzo detentore de' beni si è un falsare le più semplici nozioni del dritto. Si dice finalmente che la trascrizione (art. 1069-1025) à fatto sapere sia agli acquirenti sia agli usurpatori, che i beni non appartaneano pienamente al gravato e che v' erano de' sostituiti che aveano su quelli un dritto eventuale... Cosa conchiudere da ciò? che il detentore è di mala fede? ma innanzi tratto la buona fede non è necessaria per prescrivere; con trent' anni si prescrive, nonostante la mala fede (art. 2262-2168). Senzachè, è pure *un fatto* la buona fede, il quale potrebbe esistere malgrado la trascrizione; potendo bene un acquirente aver l'imprudenza di affidarsene al suo venditore e di non andar a consultare i registri del conservatore.

Restano dunque i sostituiti sotto l' impero dell' articolo 2251-2157, il quale dichiara, correre la prescrizione contro chiunque non vi sia sottratto mercè un testo formale. Tutto che dir si può in loro favore è che, essendo stati chiamati ai beni fin dall' origine, sotto una condizione che si è finalmente avverata, possan riguardarsi come stati proprietarii retroattivamente, in guisa che la prescrizione non sarà punto corsa durante la loro minoretà (art. 2252-2158).

Allorchè per contra una prescrizione sarà corsa in favor del gravato, ne sarà il beneficio a lui personale, ovvero gioverà alla sostituzione, ai chiamati? La soluzione evidentemente dipenderà dalle circostanze. Per una prescrizione all' uopo di liberarsi non è possibile il dubbio: se il gravato à veduto estinguersi una servitù ond' era affetto uno degl'immobili della sostituzione, se à prescritto un dei debiti di questa sostituzione, chiaro è che la prescrizione giova alla sostituzione, ai chiamati, e non già alla successione del gravato. Ma per una prescrizione all'uopo di acquistare, è patente che il gravato in generale avrà fatto il suo affare personale, e che sarà altrimenti sol quando qualche circostanza proverà che à agito nell' interesse e pel conto della sostituzione: così sarebbe, per esempio, se si trattasse d'un possesso cominciato nella persona del disponente e che il gravato avesse solo continuato.

III. — 225. Vediamo ora quali sono le cause che possono trasformar la speranza de'chiamati in una proprietà attuale de' beni. Sonosi presentate fino a sette cause d' apertura delle sostituzioni; ma vedremo bentosto che tre di queste pretese cause sono inammessibili e che quattro solo ve ne à, due delle quali ormai non sono che transitorie e non possono applicarsi che a sostituzioni fatte innanzi la legge del 1849.

Vuolsi ammettere primamente e per le sostituzioni future come per le antiche: 1° la morte naturale o civile del gravato, come quella che necessariamente annienta il suo dritto; 2° la sua decadenza per manco di nomina d'un tutore alla sostituzione (art. 1057-1013).

IV. — 226. Una terza causa di apertura, applicabile soltanto alle sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, è l'abdicazione del gravato, l'abbandono volontario ch' egli fa de'suoi dritti durante la sua vita, a coloro che non avrebbero dovuto raccogliere se non alla sua morte.

Si comprende che l' abbandono del gravato aver può ad obbietto o il solo godimento dei beni o la loro proprietà. Fintanto che del semplice godimento si trattasse, potrebbe il gravato far questo abbandono in qualunque epoca, per qualunque sostituzione, a qualunque persona gli piacesse; essendo egli pienamente libero, sua vita durante, di disporre delle rendite a sua posta; ma l' abbandono che egli facesse di questo godimento ai chiamati non sarebbe

mica nn caso d'apertura della sostituzione, dacchè a lui rimarrebbe pur sempre la proprietà de' beni. Qni dnnque dell'sbbandono della proprietà vogliamo far parola; e trattasi di sapere se il gravato possa in vita rimettere ai chiamati la proprietà del beni, cbe dovea loro trasmettere alla sua morte.

Ciò è fuori dubbio, quando si à la certezza che tutti i chiamati sono fin da ora viventi: così, quando la sostitnzione, fatta tra il 1826 e il 1849, in luogo d'indirizzarsi a tutti i figli del gravato, s'indirizzi ad uuo o più fra essi, al primo genito, per esempio, siccome allora non v'è altro sostituito da nascere, nulla può ostare perchè il gravato non faccia iumediatamente la restitnzione che indugiar potrebbe fino alla sua morte. Ma quando la sostituzione è fatta in favor di tutti i figli del gravato, può qnesti egualmente fare uu abbandono diffinitivo ai suoi figli esistenti, malgrado la sopravvenienza possibile di altri figli e la possibile morte di alcuno di quelli anteriormente alla morte del gravato? Senza fallo può egli ancora far loro un abbandono provvisorio e condizionale: può lasciar tutti i beni ai tre figli viventi oggi, a condizione che, se alla sua morte ne esistesse nn quarto, si dividerebbero a rate uguali fra essi quattro i beni che precedentemente avrsn ricevuti i primi tre; ebe, se un de'tre morisse prima di lui, gravato, aenza lasciare una posterità che venisse a rappresentarlo (art. 1051-1007), gli altri dne prenderebbero il terzo cbe aveva il premorto, senza che qnesti avesse potuto trasmetterio ai suoi eredi, donatari o legatari, e che, se tutti e tre morissero prima di lni gravato, senza lasciar prole, a lni ritornerebbero tutti i beni, senza poter passare ai rappresentanti di qnelli, stantcchè siffatti beni si troverebbero non esser mai appartenuti ai tre chiamati, ai quali non poteano apparteuere irrevocabilmente cbe mercè la loro sopravvivenza al gravato. Ma, come si scorge, qnesta rimessa de' beni non sarebbe ancora un' apertura diffinitiva della sostituzione, trovandosi qnesta apertura in tale ipotesi sempre dipendente dallo stato della famiglia alla morte del gravato e mercè qnesta morte veramente attnandosi.

227. Cotalchè l'abbandono del semplice godimento è possibile sempre, e l'abbandono meramente provvisorio e condizionale della proprietà è possibile eziandio; ma lo è del pari la rimessa diffinitiva di questa proprietà?... Egli è ancora certo che non è possibile assolntamente; che non possonsi innanzi tempo annientare i dritti de'figli che posteriormente venissero a nascere; e l'esistenza alla morte del gravato di questi figli nati dopo l'abbandono, inevitabilmente turberebbe i calcoli prima fermati: ma almeno non potrebbe la restituzione esser diffinitiva tra il gravato e i chiamati attualmente viventi e per questi chiamati fra loro?

La maggior parte degli autori rispondono affermativamente; Secondo essi, il rilascio, che non si sarà avuto cura di dichiarar provvisorio nell' atto, sarà diffinitivo, tranne solo in quanto concerne i figli nascituri. Sicchè dnnque, a tenor di questa dottrina, ciascun de'dne chiamati ai quali sieno stati rimessi i beni sarà, rispetto all' altro e al gravato, proprietario irrevocabile della sna porzione; potrà (in qnanto ad essi e salvo la nascita di nuovi chiamati) disporne a suo piacimento, venderla, donarla, legarla; e se mnoia prima del gravato, non al sostitnito superstite spetterà questa parte, ma agli eredi o legatari del defunto. Cbè se nasca un nuovo sostitnito, questi (pel quale l'abbandono anticipato è necessariamente come non avvenuto e che pertanto à dritto alla metà dei beni alla morte del gravato) avrà bensì la sua metà; ma qnesta metà, invece di comporsi della metà lasciata dal sostituito premorto, gli sarà somministrata in parte soltanto dai costui rappresentanti e per l'altra parte dal chiamato superstite con lui; per guisa che de' due chiamati a cni è stato fatto l'abbandono, l'uno avrà un quarto invece della metà che in diffinitiva avrebbe dovnto avere, laddove l' altro lascerà ai suoi rappresentanti un qnarto che non avrebbe dovuto loro appartenere. A dir breve, l'abbandono sarebbe in verità non avvenuto pe'chiamati che non esistevano o che, viventi, non avessero voluto accettarlo; ma sarà diffinitivo tra qnelli che avranno acconsentito. Spiegano gli autori siffatto risnltamento con questa idea, cbe i chiamati e il gravato son pur liberi di formar tra loro un contratto aleatorio e di correre delle eventualità di perdita, procacciandosi reciproche eventualità di lucro; e che, qnalunque sia l'esito, niun di essi può dolersene, essendo la conseguenza d' una convenzione volontariamente fatta (1).

Questa dottrina pare a noi doversi seguire, ad onta della viva opposizione del Coin-Delisle (n° 8) per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826. — Qnest' ultimo autore argomenta innanzi tratto dal testo del nostro articolo e dice, che esso non permette punto la restituzione anticipata de'beni, ma solo l'abbandono anticipato del *godimento*, il cbe esclnde l'idea d'una rimessa diffinitiva. Ma avendo detto quest' articolo poco innanzi che, la cessazione del *godimento* del gravato apre la sostitnzione, è dnnque chiaro che per *godimento* intende la proprietà stessa del gravato, e che per non essere

(1) Delvincourt, Duranton, IX-606; Dalloz, n. 9 a 11; Vazeille, 14 e 15.

questa proprietà irrevocabile e per non dover durare che quanto la vita, come un dritto d'usufrutto, l'à impropriamente appellata *godimento*. Soggiunge il Coin-Delisle che il nostro articolo, scritto prima della legge del 1826, dee spiegarsi cogli articoli 1048 a 1050-1003 a 1006; e che, avendo questi energicamente inteso mantenere un'intera uguaglianza fra tutti i figli del gravato, sarebbe un violare la volontà del legislatore l'autorizzare una convenzione che avesse per risultato, come si è veduto di sopra, d'attribuire ai figli delle parti inuguali. Ma questo ragionamento è senza valore per le sostituzioni fatte sotto la nuova legge del 1849, l'argomento è inconcludente e questa terza causa d'apertura è inammessibile.

V. — 228. La quarta ed ultima causa di apertura del dritto de' chiamati è, ma eziandio solo per le sostituzioni fatte sotto la légge del 1826, la scadenza dell'avvenimento o dell'epoca dal disponente assegnata come termine della restituzione. Pertanto, allorchè questo disponente à gravato il donatario di restituire i beni al suo figlio primogenito alla costui maggioretà, o di rimetterli dopo 25 anni dalla disposizione ai figli che allora avesse, il dritto de' chiamati s'aprirà con la maggioretà nel primo caso, con la scadenza de' 25 anni nel secondo. Vero è che la non sarà più una sostituzione propriamente detta (art. 896, n. III 2°), stantechè non vi sarà punto onere di conservare fino alla morte, ma l'onere non lascia d'esser valido. Sarebbe stato nullo prima della legge del 1826, e lo sarebbe ancora sotto la legge del 1849, come violazione indiretta della regola che vieta di far restituire i beni a una parte soltanto de' figli; ma era valido sotto la legge del 1826, la quale permetteva di rimettere i beni sia a tutti i discendenti, sia ad alcuni, sia ad un solo.

VI. — 229. Degli autori ànno ancora indicato come causa d'apertura della sostituzione: 5° l'abuso di godimento del gravato; 6° la rivocazione della liberalità per inesecuzione delle condizioni o per indegnità del beneficiario; 7° il rifiuto d'accettare da parte del legatario. Abbiamo già detto che noi punto non ammettiamo queste idee.

Secondo la maggior parte degli autori (1) il gravato potrebbe incorrere nella decadenza dal suo dritto, qualora godesse abusivamente de' beni; e fondano questa decisione sull'art. 618, che permette ai giudici di pronunziare l'estinzione dell'usufrutto per abuso di godimento dell'usufruttuario. Questo è un errore con ragione respinto da Villargue (*Rep. Fav.* cap. 2, sez. 2), Vazeille (n. 6) e Coin-Delisle (n. 14). Il gravato, siccome abbiamo veduto e siccome riconoscono tutti gli autori, non è mica un usufruttuario, è un proprietario: e non pure è attualmente proprietario, ma può darsi che lo sia per sempre e che la sua proprietà diventi irrevocabile; così sarà, s'egli non abbia discendenti o se i discendenti che à o che più tardi potrà avere vengano a morire prima di lui. Ma, poichè il gravato è proprietario, non potete dunque applicargli l'art. 618-543, il quale non concerne che l'usufruttuario, non potete parlare d'analogia; giacchè l'art. 618 è una disposizione esorbitante, una severa penalità; e le penalità non si estendono per analogia; non potete creare arbitrariamente delle cause di *espropriazione*. — Onde, se il godimento del gravato è abusivo, potrannosi esigere de' danni e interessi pel passato, prendere misure conservatorie per l'avvenire: esempligrazia torgli l'amministrazione de' beni ed affidarla a un amministratore giudiziario. Ma quest'ultimo pel gravato amministrerà; il gravato riceverà le rendite, i frutti e gl'interessi, e mai non sarà permesso di dichiararlo decaduto, di espropriarlo.

VII. — 230. Alcuni giureconsulti, segnatamente il Vazeille (num. 8 e 9), pretendono che la rivocazione d'una donazione o d'un legato pronunziata per inesecuzione delle condizioni o per ingratitudine (art. 953, 955, 1046, 1047-878, 880, 1001, 1002) produrrebbe l'apertura della sostituzione. Il Duranton (num. 600 e 601) e il Coin-Delisle (num. 4 e 5) rigettano con ragione questa dottrina; ma non sono d'accordo su i risultati che debbono aver luogo.

Il Coin — Delisle pone sulla stessa linea e con ragione la donazione e il legato; e, senza distinguere se la rivocazione sia pronunziata per ingratitudine o per inesecuzione degli oneri, si contenta di esaminare se, al momento della rivocazione, il donatario o legatario abbia o no discendenti viventi. Se non à discendenti, il Coin-Delisle riconosce nel donante (o nell'erede del testatore) che fa pronunziar la rivocazione il dritto di riprendere i beni, ma, beninteso, quali erano nelle mani del gravato, ossia affetti da sostituzione e per restituirli alla morte del gravato ai chiamati che fossero sopravvenuti e che ad esso gravato sorvivessero. Ma, se al momento in cui trattasi di domandar la rivocazione già esista uno o più chiamati, pensa l'autore che la loro presenza renda inammessibile l'azione di rivocazione, e che i beni resteranno allora for-

(1) Malleville, Grenier, n. 376; Delvincourt; Toullier, V — 782; Duranton, IX — 603: Dalloz art. 6 n. 16; Duvergier su Toullier.

zosamente nelle mani del gravato, come se la circostanza d'ingratitudine o d'inesecuzione non esistesse altrimenti.

Il Duranton distingue innanzi tratto (e non si vede perchè) fra la donazione e il testamento: poi sembra far ancora una distinzione (che crediamo infatti indispensabile) fra il caso d'ingratitudine e quello d'inesecuzione delle condizioni; egli si spiega lungamente sul primo caso e non dice una parola del secondo. Circa alle donazioni insegna (e con ragione secondo noi) che colui che le fa rivocare per ingratitudine può sempre riprendere i beni, sia che esistano chiamati, sia che no; a patto, beninteso, di restituirli a questi chiamati alla morte del gravato. Pe' legati il professore dà, senza dir perchè, una decisione affatto diversa: rammenta questo preteso principio che ogni sostituzione fedecommessaria rinchiude implicitamente una sostituzione volgare, e decide conseguentemente che, se alla morte del testatore esistano già de' chiamati, costoro prenderanno i beni invece del legatario dichiarato indegno, senza che i chiamati che posteriormente sopravvengano possano avervi mai dritto veruno; e che, qualora non ve ne sieno, gli eredi del testatore serberanno i beni per sempre, trovandosi caduco il legato. In quanto al caso di rivocazione, sia d'una donazione, sia d'un testamento, per inesecuzione delle condizioni, ripetiamo che il Duranton non ne fa punto motto.

Non è egli evidente che queste due dottrine sono entrambe inammessibili?

231. E per cominciare da quella del Coin Delisle, come mai il dritto di un donante (o dell'erede di un testatore) dipenderebbe dall'esistenza o dall'inesistenza de' chiamati al momento in cui si domanda la rivocazione? Cessa forse d'esser punibile l'ingratitudine o l'inosservanza del donatario perchè vi son figli? Forsechè questi figli, i quali non riceveranno i suoi beni che alla morte del gravato, se non àvvi rivocazione, posson eglino dolersi che questa rivocazione si pronunzi e che si dieno i beni al donante il quale li restituirà loro all'epoca stessa della morte del gravato? non resta forse identica la loro posizione? Questi figli, dite voi, non debbono soffrire per la colpa del padre: è vero; ma appunto noi non li colpiamo altrimenti; poichè assicuriamo loro per sempre il conseguimento al medesimo istante, siavi o no rivocazione; noi parliamo di punizione non pei figli, ma pel donatario ingrato; non il figlio, ma il padre, ma il donatario ingrato, voi sottrarreste alla pena sancita dalla legge, se dichiarate irricettibile l'azione di rivocazione!... La vera dottrina è qui oltremodo facile a cogliere; il gravato e il sostituito son donatari ambedue, donatari successivi, che debbon prender i beni l'uno dopo dell'altro; ciascuno di essi pertanto può esser colpito per ingratitudine, e a quella guisa che la colpa dell'uno non può far punire l'altro, del pari l'innocenza di questo non può produrre l'impunità per quello.

Adunque il gravato che si è mostrato ingrato sarà punito col rimaner privo vita durante de' beni che vita durante aver dovea; e alla sua morte questi beni passeranno al sostituito: la cosa è semplicissima. Epperò à avuto ragione il Duranton di non ammettere la strana distinzione del Coin-Delisle. — Immaginando da un lato una distinzione inammessibile, il Coin-Delisle confonde poi due cose che bisognava accuratamente distinguere: la rivocazione per ingratitudine e la rivocazione per inesecuzione. La rivocazione per inesecuzione non è più penale, è puramente pecuniaria; e il suo effetto, in cambio d'essere esclusivo alla tale persona, a tutte si applica e affetta esso il principio della disposizione. Così, quando io ò donata la mia casa a Pietro perchè la restituisca a Paolo, ma a condizione di pagare i 15,000 fr. che io debbo a Giacomo, è chiaro che niuno aver dovrà la mia casa, nè Paolo nè Pietro, laddove si ricusi di pagare i 15,000 fr.; è chiaro che il non pagamento costituisce l'avveramento d'una condizione risolutiva, per effetto della quale la disposizione si trova completamente non avvenuta (V. art. 953, 954). E che! quando io non ò inteso spogliarmi della mia casa che liberandomi dal debito dei 15,000 fr., il Coin-Delisle viene a dirmi che si riterrà la casa senza pagare un centesimo del debito? No per fermo; i principî dei dritto come quelli dell'equità dicono ch'io posso (e che può il mio erede, se si tratti di un legato) ricusar la casa, non più soltanto al gravato, ma eziandio ai sostituiti, ma a tutti, se niuno paghi i 15,000 fr.

232. La dottrina del Duranton, che da un canto à il merito di non distinguere se esistano o no de' chiamati, quando si tratta di rivocar la donazione e di non confondere il caso d'inesecuzione con quello d'ingratitudine, dottrina che ci sembra quindi perfettamente esatta per le donazioni tra vivi, non è essa del pari inammessibile, quando distingue da queste le donazioni testamentarie? Evidentemente non àvvi alcuna ragione di differenza; e niuna infatti ne indica il Duranton... Il sistema del dotto professore, qualunque opinione si adotti, sarà sempre erroneo nel suo insieme, chè, se si ammetta con lui e con Vazeille che la sostituzione fedecommessaria contenga implicitamente una sostituzione volgare, è chiaro che bisognerà ammetterlo non meno par

una donazione che per un legato; e questo pretende il Vazeille (n. 4), il quale almeno à il merito d' esser conseguente.— In quanto a noi che non possiamo ammettere questa creazione d' una sostituzione volgare che non si può appoggiare su niun testo di legge e che ci sembra meramente arbitraria, noi diciamo del legato ciò che il Duranton dice della donazione, ed ecco in due parole tutta la nostra dottrina:

In caso d' ingratitudine (art. 955, 1046, 1047-880, 1001, 1002), il donante o l' erede del testatore toglie il bene al gravato per effetto della rivocazione, vi sieno o no dei chiamati. Allora, se alla morte di questo gravato sopravvivono de' chiamati, egli restituisce loro questo bene; se non ne sopravvivono, lo serba irrevocabilmente — In caso d' inesecuzione degli oneri, il donante o l' erede del testatore può riprendere il bene e conservarlo per sempre; giacchè al pari del gravato non può il chiamato prendere un bene senza soddisfare agli oneri sotto cui lo si dona.

VIII. — 233. Secondo il Coin-Delisle (n.11), la cui dottrina par che sia pure quella dei Toullier (n. 793, 794), il dritto de' chiamati si aprirebbe in fine, non già per una donazione tra vivi, ma per un legato, mercè il rifiuto di un legatario gravato di accettare la disposizione. Così, che il padre di due figli doni tra vivi la sua quota disponibile al primo genito con onere per quest' ultimo di restituirla ai suoi propri figli, e che questo figlio ricusi la donazione; il Coin-Delisle riconosce che, non potendo la donazione esistere che in forza dell' accettazione, non vi sarà disposizione e quindi non sostituzione; ma, se in luogo di donar tra vivi la disponibile, egli l' à legata, il Coin-Delisle pretende che il rifiuto del figlio legatario non impedirà che esista la sostituzione.La ragione che egli ne dà, è che gli articoli 1048, 1049-1003, 1004 ànno permesso di stabilire come onere di un legato l'obbligazione di restituire ai figli, e che, costituendo quindi siffatta obbligazione una liberalità permessa, la chiamata de' figli sostituiti non può esser distrutta dalla volontà del legatario.

Questo è, secondo noi, un errore facile a confutare. E di fermo, il ragionamento del Coin-Delisle è senz' alcun valore e, ancorchè fosse concludente, è chiaro che s' applicherebbe alla donazione non meno che al legato. Gli articoli 1048, 1049 àn permesso eziandio di stabilire l' obbligazione di restituire come onere *d' una donazione*; dunque quest'onere costituisce una liberalità permessa; dunque la chiamata de' sostituiti non può esser distrutta per la volontà del donatario. Tuttavia il nostro dotto collega respinge quest' idea, e con ragione dice che, onde l'obbligazione di restituire esista come onere d'una donazione,fa d'uopo vi sia una donazione, e che la donazione non esiste quando non è accettata dal donatario. La risposta è precisamente la stessa pel legato: non àvvi nè legato nè legatario, quando colui che il testamento chiamava, rifiuti di prendere la liberalità; il legato svanisce allora come svanirebbe la donazione; e il bene resta nella successione ab intestato, come resterebbe nel patrimonio del donatore vivente. Ma, allorchè non ci à nè donazione nè legato, come mai si parlerebbe di un onere,di un accessorio di questa donazione o di questo legato? Ei non ci à sostituzione possibile senza disposizione principale.

234. Per dar termine a questa materia, vediamo come raccoglieranno la sostituzione i chiamati alla morte del gravato.

Si troveranno questi chiamati di pieno dritto, come tali, investiti de' beni sin dall'apertura del loro dritto? ovvero dovranno al contrario domandare il rilascio, come farebbero del legatari alla morte del testatore? Ei non è dubbio che i sostituiti sono investiti di pieno dritto, quando sono a un tempo eredi del gravato; poichè ànno allora l'investitura di tutti i beni, quali che sieno, lasciati dal defunto. Ma che si dee dire quando non son mica suoi eredi? per esempio, se è un primo sostituito che si trovi gravato (con una disposizione fatta sotto la legge del 1826) a favore d' un secondo sostituito suo fratello; ovvero se il sostituito figlio del gravato rinunzi alla sua successione reclamando non dimeno la sostituzione.

Gli autori decidono che in questo caso gli eredi del gravato si trovano investiti di tutti i beni che egli lascia, fra i quali sono quelli della sostituzione; e che pertanto i sostituiti a somiglianza d' un legatario non ànno verun possesso nè di dritto nè di fatto, debbono domandare il rilascio e non àn dritto ai frutti che dal giorno in cui questo rilascio è domandato o volontariamente consentito (1). Ma noi crediamo col Coin-Delisle (art. 1048 n. 38) esser questo un errore.

In fatti, con la morte del gravato, tutti i costui dritti su i beni da restituire si risolvono, e *niuno* n'è trasmesso ai suoi eredi. Questi eredi adunque non ànno nè il dritto di proprietà nè il dritto di possesso; àn semplicemente la detenzione di fatto; sono depositari della cosa altrui, della quale àn da fare, non già *il rilascio* nel senso dell' art. 1014, sibbene la *restituzione*. Un legatario con la morte del suo testatore non acquista che il suo dritto di proprietà; il dritto di possesso rimane col possesso di fatto presso il rappresentante di questo

(1) Merlin, sez. 15 § 3; R. de Villargue, c. 2 sez. 2, Duranton IX — 611. Dalloz sez. 2 art. 6.

testatore; ma il sostituito non riceve dal gravato o dal suo rappresentante verun dritto, solo può attenderne una rimessa di fatto; giacchè tutti i dritti gli vengono dall' autore della disposizione: *non a gravato, sed a gravante:* Il sostituito adunque acquista o *gravante*, fin dalla morte del gravato, e il dritto di proprietà e il dritto di possesso e il dritto ai frutti; al rappresentante di questo gravato non dee domandare che la rimessa di fatto, la cessazione della detenzione puramente fisica. Eziandio nel caso in cui il sostituito è erede del gravato, non come erede e per la stessa causa che per gli altri beni, sibbene ancora come sostituito egli à l' investitura dei beni compresi nella sostituzione.

IX.— 235. Il nostro articolo dichiara che l'abbandono che il gravato può fare ai chiamati per anticipazione non potrà mai nuocere ai suoi creditori.

Che questo abbandono abbia avuto per oggetto la proprietà stessa de' beni (che il nostro articolo indica col nome di *godimento*, come si è veduto al n. III) o il semplice godimento propriamente detto; che i creditori abbiano o no un titolo autentico, purchè soltanto questo titolo abbia una data certa anteriore all'abbandono, questi creditori potranno in tutti i casi, se vi à insufficienza degli altri beni del loro debitore, pagarsi sulle rendite de' beni abbandonati, non essendo l'abbandono stato permesso dal Codice che qualora ad essi non nocesse, epperò trovandosi non avvenuto rispetto a loro, tosto che loro pregiudichi. — Che se i chiamati, dopo aver ricevuto per anticipazione la proprietà stessa de' beni, venissero a morire prima del gravato, questi medesimi creditori potrebbero, in mancanza d'altri beni, pagarsi sulla proprietà dei beni abbandonati e toglierli agli eredi legatari o altri rappresentanti di questi chiamati. Di fatti, se questo abbandono anticipato non avesse punto avuto luogo, i beni per la premorienza de' chiamati sarebbero rimasti al gravato, e i suoi creditori avrebbero potuto pagarsi sulla piena proprietà di quelli; ora, in caso d'insufficienza, possono i creditori fare come se non vi fosse stato abbandono. — Ma tutto ciò, ben s' intende, non è possibile che nel caso d' insufficienza degli altri beni; perocchè, se questi altri beni bastano al pagamento de' crediti, non si può più dire che l' abbandono anticipato nuoca ai creditori.

Egli è certo altresì, giacchè è una consegnenza del dritto comune, che l' abbandono anticipato non potrebbe mai nuocere a coloro in favor de' quali il gravato avesse alienato eventualmente la proprietà de' beni o un dritto reale qualunque sopra essi beni; dappoichè il gravato non à potuto trasferire ai chiamati i dritti di cui si era anteriormente spogliato e che più non gli appartenenano. Onde, quando il gravato mi à donati o venduti i beni, l' abbandono posteriore non m' impedirà di conservarne la proprietà risolvibile e di acquistarne, come egli stesso avrebbe fatto, la proprietà irrevocabile, ove tutti i chiamati vengano a morire prima di lui. Se egli me ne à ceduto l' usufrutto, l'abbandono non m'impedirà di conservar quest' usufrutto sua vita durante; e l' avrò ancora dopo la sua morte, se allora non esistessero più chiamati. Io avrei del pari durante la sua vita (e a perpetuità, se i chiamati abbandonatari morissero prima di lui) la servitù reale ch' egli avesse stabilita a mio favore.

X. — 236. Indichiamo quì, per completare gli sviluppi presentati sotto questo articolo, le cause di estinzione delle sostituzioni.

Le sostituzioni finiscono:

1° Colla mancanza compiuta di chiamati. Così, quando il gravato muore senza che gli sia nato verun figlio, è chiaro che i beni restan liberi nella sua successione. Lo stesso sarebbe, se fossero esistiti de' chiamati, ma fossero tutti morti prima di lui. Chè se la disposizione designasse uno o più sostituiti determinati, la morte di questi chiamati estinguerebbe la sostituzione anche vivente il gravato, e i beni si troverebbero liberi immediatamente nelle sue proprie mani.

2° Col rifiuto de' chiamati di raccogliere la sostituzione. I beni si trovan liberi allora nella successione del gravato.. — Qui non parliamo del caso in cui il gravato medesimo ricusa d'accettare la donazione o il legato fatto con onere di restituzione: non si può qui dire che la sostituzione finisca, dacchè non è cominciata; non formandosi allora la disposizione principale, non si forma tampoco la sostituzione, accessorio di quella (v. *supra* n. VIII).

3° Coll'esaurirsi i gradi della sostituzione.— Così i primi sostituiti (i soli) quando non vi à che un grado, e i secondi sostituiti, quando vi son due gradi, posseggono evidentemente i beni puri e liberi da ogni onere ulteriore.

4° Con la perdita della cosa, purchè avvenga senza colpa del gravato. — Se il gravato fosse in colpa, i sostituiti avrebbero contro di lui una azione di danni e interessi.

5° In fine con la rivocazione — La sopravvenienza di un figlio al donante tra vivi, che non ne aveva nel momento della disposizione, rivocherà sempre la sostituzione. Questa sarà rivocata con la donazione principale, se il figlio nasca durante il godimento del gravato; lo sarà sola, se quegli nasca dopo che il sostituito à raccolto. — L' inesecuzione degli oneri, sia in caso di donazione, sia in caso di legato, rivocherà egualmente la sostituzione. — L' ingratitudine de' sostituiti (art. 955-880), ingratitudine che in caso di legato riceve piuttosto il no-

me d' indegnità (art. 1046, 1047-1001, 1002) opererebbe del pari la rivocazione. In quanto all' ingratitudine (o Indegnità) del gravato, si sa che rivocherebbe unicamente la liberalità a lui fatta, senza punto nuocere a quella de' sostituiti (v. sopra n. VII).

1054. [1010]. Le mogli dei gravati non potranno avere su i beni da restituire verun' azione sussidiaria, in caso d' insufficienza de' beni liberi, fuorchè pel solo capitale del danaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato (1).

237. Ciò che dice questo articolo d'un testatore s' applica non meno a un donante. — Chè trattasi, come tutti gli autori riconoscono, d' un disponente qualunque; e se il Codice à usata la parola *testatore*, gli è senza dubbio perchè le sostituzioni fannosi più spesso per testamento che per donazione tra vivi.

La legge, benchè difficilmente e per eccezione soltanto permetta le sostituzioni, pure non à voluto che si potessero fare e disfare con un medesimo atto, crearle da una mano applicandovi dall'altra degli oneri che potessero distruggerle. Onde, benchè un disponente sia pur libero di donare i suoi beni senz' alcuna sostituzione, non potrà, se fa questa sostituzione, permettere assolutamente al gravato di colpire i beni, che dovrà restituire, d'ipoteche che aver dovessero il loro effetto in detrimento dei chiamati.

Il Codice non autorizza l'effetto di simili oneri che in un caso tutto particolare; cioè per l' ipoteca legale della moglie del gravato, in caso soltanto d'insufficienza degli altri beni di questo gravato e solo ancora pel capitale delle somme dotali; ed è duopo inoltre che la disposizione lo permetta in termini formali. Sicchè invano il disponente autorizzerebbe il gravato, sia a dare un ricorso sussidiario ad altri creditori, sia ad estendere l' ipoteca legale della moglie agl' interessi della sua dote, alle somme dovute per l'alienazione de' suoi propri ec. Invano il Toullier (V. 745) e il Villargue (sez. 2, § 3) pretendono il contrario, appoggiandosi sull'idea che chi può il più può il meno. Si sa quanto sia falsa questa idea nelle materie di dritto scritto; ed assene un esempio di cui è spiccata l' analogia col nostro articolo nell'art. 945, il quale dichiara che colui che può non donare non à però il dritto di donare sotto la condizione di pagare i debiti che egli lascerà morendo. È daltronde abbastanza formale il nostro articolo (2).

Tal è la sola eccezione recata al principio della risoluzione della proprietà del gravato nel momento della sua morte, per la sopravvivenza de' chiamati. Ogni concessione d' ipoteche, ogni alienazione, ogni stabilimento di servitù sarebbero nulli rispetto ai chiamati: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

238. Ma, checchè si dica il *Journal du Palais* (*Rep. sez.* 5), onde i chiamati possano invocare questa risoluzione, è duopo che non si costituiscano eredi puri e semplici del gravato; giacchè, imponendo loro quest' ultima qualità tutte le obbligazioni del defunto, sarebbero tenuti come eredi a riparar gli effetti della evizione che avessero fatta subire come sostituiti, in guisa che ben sarebbe il caso di dire *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Sicchè solo in caso di rinunzia o d'accettazione beneficiaria potrebbero argomentare dalla risoluzione.

L' ordinanza del 1747, per entrar più innanzi nello spirito delle sostituzioni e favorire al possibile l' idea *aristocratica* di conservare i beni *in natura* nella linea de'sostituiti, permetteva a costoro, quando erano eredi puri e semplici del gravato, di riprender nondimeno i beni dai terzi acquirenti, ma *pagandone loro il valore in danaro*; il che ben prova che la loro qualità d'eredi puri e semplici impediva che invocassero la nullità dell' alienazione. Egli è cosa evidentissima che questo favore esorbitante e tutto aristocratico è affatto in opposizione con lo spirito del Codice civile e non può al dì d' oggi applicarsi.

§ 3.

Delle misure prese nell'interesse de' chiamati.

1055. [1011]. Colui che farà le disposizioni dai precedenti articoli permesse, potrà con lo stesso atto o con uno posteriore in autentica forma, nominare un tutore incaricato di eseguire tali disposizioni. Questo tutore non potrà essere dispensato se non per una delle cause espresse nella sezione VI del capitolo II del titolo *della minore età, della tutela e della emancipazione* (3).

1056. [1012]. In mancanza di questo tutore ne sarà nominato uno ad istanza del gravato, o del suo tutore, se egli è minore, e nel termine di un mese da contarsi dal giorno della morte del donante o del testatore, o dal giorno in cui, dopo la

(1) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Tr.*

(2) Malleville; Delaporte; Delvincourt; Grenier, n° 378; Duranton, n° 595; Dalloz, sez. 2 art. 5; Vazeille, n° 1; Coin — Delisle, n° 1; Duvergier su Toullier.

(3) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Tr.*

morte si avrà notizia dell'atto contenente la disposizione (1).

239. Il tutore onde qui trattasi è, come dice l'art. 1055, incaricato dell'esecuzione delle disposizioni. A lui dunque incombe, oltre alle misure di precauzione indicate dagli articoli seguenti, di far in generale tutte le diligenze necessarie perchè l'onere di restituire sia bene e fedelmente adempiuto; ma a lui spetta sorvegliare il gravato per agir contro di lui sempre che potesse occorrere; e sarebbe egli responsabile de' danni che la sua negligenza recar potesse ai chiamati (art. 1073 — 1029).

Non sarebbe però tenuto ipotecariamente: il Codice non istabilisce l'ipoteca legale contro ogni tutore, sì soltanto contro i tutori degl'interdetti o de' minori (art. 2121); ora il tutore onde qui si tratta non è dato *personae*, ma solo *rei*; egli è sì poco tutore di minori o d' interdetti che, da una banda, esisterebbe sempre, ancorchè il chiamato fosse maggiore e capace e, da un altro canto, se il chiamato fosse interdetto o minore, avrebbe il suo tutore speciale. Si comprende del pari che qui non ci à punto tutor surrogato.

240. Questo tutore è nominato o dal disponente medesimo o a diligenza del gravato o dal tutore che lo rappresenta.

La nomina può esser fatta dal disponente, sia nell' atto fra vivi o testamentario che contiene la sostituzione, sia in ogni atto posteriore, purchè autentico. Così potrà esser fatta in un atto ricevuto da un notaio o da un giudice di pace assistito dal suo cancelliere, ma vuolsi riconoscere con Delvincourt, Toullier (V. 747) e Vazeille (n. 1), e contro l' avviso del Coin-Delisle (n. 2) che quest' atto posteriore, se può non esser notarile, dee di necessità essere autentico e che non basterebbe quindi, per questa nomina posticipata, un testamento olografo.

Quando la nomina non è stata fatta dal disponente (o quando il tutore nominato è morto o si fa scusare), il tutore dev' esser nominato a diligenza del gravato, ma non dal gravato, chè sarebbe assurdo che questi designasse il suo proprio sorvegliatore. La legge non ci dice da chi dovrà esser fatta la scelta, ma siccome ci rinvia alla tutela ordinaria per le scuse che allegar potesse il tutore designato, si dee decidere (e ciò di fermo decidono gli autori) che le regole di questa tutela ordinaria dovranno pur seguirsi in questo punto e che bisognerà appressarvisi più che possibile. Il tutore sarà dunque nominato da un consiglio di famiglia. Facendosi la nomina nell' interesse de' chiamati figli del gravato, il detto consiglio dovrà esser composto dal giudice di pace, di parenti o d' affini presi per metà dal lato paterno, metà dal materno; e, se i parenti o affini materni non sien noti peranco, ossia se i chiamati ancora non esistano e il padre loro, il gravato, non sia ancora ammogliato, necessariamente dal lato di questo gravato saran presi tutti i membri del consiglio.

Questa nomina a diligenza del gravato o del suo tutore non è mai richiesta se non dopo la morte del disponente, pur quando la disposizione fosse stata fatta con donazione fra vivi; giacchè difatti questo tutore non è necessario durante la vita del donante, chè veglierà egli stesso all'esecuzione delle sue volontà. Che se il disponente, pur donando tra vivi, à nominato il tutore immediatamente e non à dichiarato di limitare i poteri di lui pel tempo che seguirà la sua morte, il donante dal canto suo e altresì il tutore suo mandatario avranno entrambi qualità per agire.

L'obbligazione pel gravato di far nominare il tutore deve eseguirsi fra il mese dalla morte o dalla certezza posteriormente acquistata della disposizione.

1057. [1013]. Il gravato, che non abbia adempito a ciò che è prescritto nell' articolo precedente, decade dal beneficio della disposizione ed in tal caso il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore dei chiamati o ad istanza loro se sono maggiori, o se sono minori o interdetti, ad istanza de' loro tutori o curatori, o di qualunque parente de' chiamati maggiori, minori, o interdetti, o anche *ex officio* a richiesta del procurator regio presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui si è aperta la successione (2).

SOMMARIO.

I. Numerose dissidenze degli autori sull'interpretazione di questo articolo.
II. Senso della disposizione: la regola di decadenza è imperativa e assoluta. — S' applica, comunque non vi sieno chiamati e comunque i chiamati sieno minori.
III. L' attribuzione de' beni a' chiamati prima della morte del gravato è condizionale, ma in qual senso? Nuova discrepanza cogli autori.

I. — **241.** Una gran dissidenza regna fra gli autori circa il senso di questa disposizione.

I più, veggendo nelle parole « il dritto *potrà* esser dichiarato aperto » la facoltà pe' magistrati d' aprire o non aprire il dritto, e combinando questa pretesa facoltà con la regola di decadenza che la precede, insegnano essere tal decadenza egualmente facoltativa (3). Altri di-

(1 e 2) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

(3) Grenier, n. 385; Rolland, c. 2, v. 2; Dalloz, a. 2, art. 4, Poujol, n. 7; Vazeille, n. 4.

cono che la proposizione « il dritto *potrà* . . » non è facoltativa, ma ipotetica; che significa, che il dritto sarà o non sarà aperto secondo che esistano o no de'chiamati, e che la decadenza è imperativa. Fra questi, altri ammettono la decadenza contro qualunque gravato (Delvincourt, Maleville); altri contro i maggiori soltanto (Coin-Delisle, n. 6); altri contro i minori, il cui tutore è solvibile e non contro gli altri (Duranton, IX-568).

Gli uni vogliono che la decadenza non sia mai pronunziata finchè non esistano chiamati per prendere i beni invece del gravato (Duranton, n. 567); altri dicono che la decadenza dovrà esser pronunziata egualmente e che i beni ritorneranno agli eredi del disponente (Delvincourt, Maleville, Coin-Delisle, n. 4); altri pensano che questi beni debbano esser messi sotto amministrazione giudiziaria e le loro rendite capitalizzate finchè sopravvengano de' chiamati e che, se punto non ne sopravvengano sino alla morte del gravato, ritorneranno alla costui successione.

II. 242. A noi sembra che queste numerose dissidenze non avrebbero avuto luogo e che i risultati indicati da Delvincourt si sarebbero ammessi senza difficoltà, se si fossero ben consultati e i testi della legge e l'istoria della sua formazione.

Non è egli evidente in prima che la decadenza è qui assoluta, indipendente dalle circostanze arbitrarie a cui si vorrebbe sottoporla, e che discende forzosamente da questo solo fatto, che non si è osservata la regola dell'articolo precedente? « Il gravato che non avrà soddisfatto..- sarà decaduto: » cho si vuol mai di più chiaro e formale? il gravato *sarà decaduto*, senza distinguere se già vi sieno de'chiamati o se ancora non ven abbiano. — Se ve ne sono, essi raccoglieranno; chè il loro dritto sarà necessariamente dichiarato aperto: diciamo che lo sarà e non che potrà esserlo; giacchè la parola *potrà* non indica una pretesa facoltà che abbia il tribunale di pronunziare o non pronunziare l'apertura (facoltà che punto non esiste); nè tampoco esprimo quest'alternativa « secondo che vi sieno o non vi sieno de' chiamati » (la condizione dell'esistenza dei chiamati è talmente indubitabile, che in verità non avea d'uopo d'esser preveduta); questa parola, secondo noi, non è messa che in vista delle persone che potranno far dichiarare l'apertura; potrà esser pronunziata del pari sulla domanda della tale o della tal altra: un semplice parente del chiamato potrà domandarla non meno del chiamato medesimo. — Se ancora non vi son sostituiti, i beni ritorneranno agli eredi del disponente, i quali li rimetteranno a' chiamati tosto che ne sopravvengano, e li riterranno diffinitivamente, qualora non ne sopravvengano.

Quest'ultima idea, contro cui tanti autori ànno energicamente protestato e che è stata negata da tutte le parti, come quella che non poteva essere il pensiero della legge, sarebbe infallantemente stata riconosciuta vera, se si fosse ricorso a'lavori preparatori del Codice. La regola del nostro articolo non era isolata nel progetto; si rannodava a una regola precedente, che il Consiglio soppresse, ma che fa perfettamente comprendere il senso di quella che ci rimane...

Un primo articolo dichiarava che le disposizioni contenenti sostituzione, per le quali il disponente non avesse nominato tutore, sarebbero nulle; un secondo articolo (oggi il 1056) diceva che, se alla morte del disponente il tutore nominato più non esistesse o si facesse scusare, il gravato sarebbe tenuto a farlo surrogare; e il terzo (che è il nostro) aggiungeva che il gravato, il quale non avesse soddisfatto a tal prescrizione, sarebbe decaduto, salvo a chiamare in luogo di lui i sostituiti (art. 133, 134 e 135 del progetto). Sicchè: 1° nullità radicale della disposizione e altresì della sostituzione, quando il disponente non nominava tutore; 2° annullamento della disposizione, ma col mantenimento della sostituzione, allorchè per la colpa del gravato mancava il tutore: ecco quali erano le due regole del progetto. Di queste regole la prima non è più: l'obbligazione del disponente e quindi la sanzione che l'accompagnava furon tolte via; questo disponente à tuttavia, il dritto di nominar il tutore, ma non v'è più tenuto. La seconda regola però è rimasta qual era; e il gravato, rigorosamente obbligato a procacciare un tutore quando non ve n'è, sarà punito dell'inadempimento alla sua obbligazione con la perdita della liberalità (1). Dunque, in difetto di chiamati, prenderanno i beni gli eredi del disponente: come stupirsene, quando si sa che questa regola è l'avanzo d'un sistema, in cui la mancanza di nomina del tutore dovea loro attribuirli talfiata, malgrado l'esistenza dei sostituiti?

Gli eredi adunque prenderanno i beni, li restituiranno a' sostituiti che venissero a nascere, e li riterranno diffinitivamente, ove non ne sopravvengano.

243. Il gravato sarebbe decaduto egualmente, benchè minore, ove si trovasse senza tutore; dappoichè l'obbligazione, al cui inadempimento è pena la perdita della liberalità, è imposta a questo tutore dall'articolo precedente; e l'art. 1074-1030 dichiara ge-

(1) Parigi 29 mag. 1841; Rig. 17 ap 1843 (Dev. 41, 2, 579, 43, 1, 497).

neralmente che il gravato minore non è restituibile contro l' inosservanza delle regole prescritte dagli articoli del nostro capitolo. Invano il Coin-Delisle pretende che questa disposizione non sia generale qual sembra, che abbia inteso riferirsi a certi articoli soltanto e che « l' art. 1057-1013 non sia compreso nell' enumerazione che i redattori *volevan* fare e che ànno *omessa*: » si comprende che una simile dottrina, per quanto comoda sia, è altrettanto arbitraria. E l' arbitrio è, se è possibile, ancor più flagrante nella dottrina del Duranton, il quale, pur riconoscendo che lo art. 1074-1036 è applicabile, vuole si eccettui il caso in cui il tutore fosse insolvibile; poichè l' articolo dice a chiare note che il gravato minore non potrà essere restituito, neppure nel caso dell' *insolvibilità* del suo tutore. — Altrimenti sarebbe, se il gravato minore fosse stato senza tutore durante il termine, entro cui doveа farsi la nomina; chè l' articolo 1056-1012 non impone obbligo, fuorchè al gravato maggiore o al tutore del gravato minore, e nè l' uno nè l' altro esisterebbe in tal caso. Spetterebbe allora alle persone interessate di far prontamente nominare un tutore al gravato (art. 406-327).

III. — 244. Gli autori s' accordano in dire che il rilascio che fassi a' chiamati viventi nel caso della decadenza del gravato è puramente provvisorio e condizionale, e che lo stato della famiglia alla morte del gravato è quello che regola diffinitivamente l' attribuzione de' beni. Secondo questa dottrina, non pure i chiamati che nascessero dopo fatta la sostituzione divideranno i beni con quelli che gli avevan prima ricevuti, ma inoltre, se costoro premuoiano al gravato, ed uno degli ultimi nati sopravviva, avrà egli solo tutt'i beni, senza che possano couservarne alcuna parte gli eredi dei premorti; chè se niun chiamato al gravato sopravvivesse, i beni ritornerebbero agli eredi del disponente.

La seconda parte di questa dottrina non possiamo adottarla: senza dubbio il rilascio che si fa nel caso della decadenza è condizionale, ma non lo è secondo noi nel senso che abbiamo indicato. È fatto bensì sotto la condizione che i beni saran divisi co' sostituiti che potranno sopravvenire, ma non già sotto la condizione che i beni non apparterranno fuorchè a' sostituiti che al gravato sopravviveranno. Sicchè, quando alla pronunziazione della decadenza un sol figlio esisteva e ne sopravviene un secondo, i beni, invece di restar per intero al primo, si divideranno per metà fra entrambi; se ne sopravvenga un terzo, ciascuno avrà una terza parte e così via. Ma il risultato sarà indipendente dalla morte di ciascun chiamato: ancorchè il primo chiamato fosse morto quando sopravviene il terzo, si dividerebbe pur sempre terziatamente fra i due ultimi e i successori del primo, e non per metà fra' due ultimi; e, se tutti e tre morissero prima del gravato, a' loro eredi o altri successori, e non agli eredi del disponente, apparterrebbono i beni. — Questa pare a noi una conseguenza necessaria del fatto, che la sostituzione, a'termini del nostro articolo, s'apre in tal caso, non alla morte del gravato, ma all'istante della sua decadenza, tosto che il dritto del sostituito è *aperto*, realizzato e non è più una mera speranza; si trasmette dunque per la morte di lui ai suoi eredi tal quale l' aveva egli, cioè solo gravata dell' onere di dividere egualmente con tutti i chiamati che sopravverranno.

Quanto diciamo del caso in cui esistessero de' chiamati al momento in cui si pronunzia la decadenza del gravato e l' apertura del dritto, s'applica del pari al caso in cui i beni fossero dapprima presi dagli eredi del disponente in mancanza di chiamati e restituiti poscia da loro a' chiamati che sopravvenissero.

245. Sul punto di sapere da chi può esser domandata la dichiarazione d' apertura del dritto, de'chiamati, è sì chiara la legge da non aver duopo di spiegazione. Quando non vi son chiamati e trattasi semplicemente di far certificare la decadenza del gravato e la rivocazione della liberalità, è chiaro che agli eredi del disponente appartiene l' azione.

1058. [1014]. Dopo la morte di colui che à disposto coll' obbligo della restituzione, si procederà nelle forme ordinarie all' inventario di tutti i beni che compongono l' eredità, eccettuato il caso in cui si tratti soltanto di un legato particolare. Questo inventario conterrà la estimazione, a giusto prezzo, di tutti i beni mobili ed effetti mobiliari (1).

246. La seconda formalità richiesta dalla legge nell'interesse de' chiamati è l' inventario e la stima de' mobili compresi nella disposizione fatta a titolo universale e con atto d'ultima volontà.

Un inventario mai non si fa se non pe' mobili; e noi insieme al Coin Delisle (n 8) punto non dubitiamo, malgrado l' opposta opinione del Toullier (V. 753), che il nostro articolo à inteso restringersi ad essi. Assai dei testi oltre il nostro (V. art. 451, 794, 1031 ecc.) parlano in generale dell' inventario *dei beni*, nè alcuno mai dubitò del senso di questa

(1) Questi due articoli sono affatto conformi. *Il Trad.*

espressione: si tratta dell' inventario *dei beni suscettici* d'esser inventariati; ór, lo ripetiamo, degl'immobili non si fa inventario (V. art. 600, 626 ecc. C. Nap. 943 C. pr.).

Il nostro articolo, esigendo l'inventario, dichiara d'eccettuare le disposizioni a titolo particolare, e non s'applica d' altronde alle donazioni fra vivi, come prova la sua medesima eccezione, la quale non parla che de' *legati* particolari. Onde la regola non concerne che i legati, o le istituzioni contrattuali, aventi a obbietto l' universalità de' beni o l' universalità de' mobili o una quota dell' una o dell' altra (art. 1003 929, 2010 964). Circa alle donazioni tra vivi, vi sarà necessariamente annesso uno stato estimativo de' mobili donati (art. 948-872).

1059. [1015]. L' inventario sarà fatto ad istanza del gravato, e nel termine stabilito nel titolo delle Successioni, presente il tutore nominato per l' esecuzione. Le spese si prenderanno dai beni compresi nella disposizione (1).

247 Il gravato à tre mesi per far formare l'inventario, a' termini dell' art. 795 712, e non già quattro mesi e dieci giorni, come pretende il Toullier (n. 734); chè i 40 giorni onde parla il secondo comma di esso articolo son concessi all'erede, non più per l' inventario, ma per deliberare, dopo terminato l'inventario, se debba accettar puramente o accettar beneficiariamente o rinunziare.

Le spese dell' inventario non ricadono sulla successione del defunto (essendo esso necessario, non per la successione, ma a causa della liberalità del defunto, onde sarebbe ingiusto di far pagare le spese agli eredi); non ricadranno tampoco a carico personale del gravato (chè la liberalità che vi dà luogo a' sostituiti del pari che a lui s' indirizza); sono invece a carico de' beni sostituiti, per guisa che si sopportano da tutti coloro i quali della disposizione approfittano. Se tuttavia vi fossero degli eredi assenti, minori o qualche altra circostanza avesse necessitato l' inventario indipendentemente dall' esistenza della sostituzione, le spese dovrebbero prelevarsi dall' intera massa de' beni; talchè i beni sostituiti e quelli che restassero nella successione intestata ne sopporterebbero una parte proporzionale.

1060. [1016]. Se nel termine sopra espresso non siasi fatto l' inventario ad istanza del gravato, si procederà a formarlo nel mese seguente ad istanza del tutore nominato per l' esecuzione, presente il gravato stesso o il suo tutore (2).

1061. [1017] Se non si è punto soddisfatto al prescritto nei due precedenti articoli, si procederà allo stesso inventario ad istanza delle persone indicate nell' art. 1057, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione (3).

248. Quando l' inventario non è stato formato ad istanza del gravato fra' tre mesi dalla morte del disponente, il tutore commesso alla disposizione dee farlo far egli; e, se nol fa entro il mese seguente, il dritto di richiederlo passa in concorrenza a' chiamati o a' loro tutori o curatori, a' parenti di questi chiamati e al pubblico ministero presso il tribunale, nella cui giurisdizione è aperta la successione.

1062. [1018]. Il gravato della restituzione dovrà far procedere alla vendita, per mezzo di affissi ed incanti, di tutti i mobili ed effetti compresi nella disposizione, a riserva però di quelli di cui si fa menzione nei due articoli seguenti (4).

249. L'ordinanza del 1747, informata da spirito aristocratico e ordinata a conservare i beni nelle famiglie, vedea con poco favore la sostituzione de'mobili la cui conservazione e la restituzione *in natura* sarebbero state spesso assai malagevoli e poco proficue; ed ammettevala senza condizione soltanto pe' mobili che si trovavan *compresi* in una disposizione universale o di una data quota (art. 4). Circa alle disposizioni speciali ai mobili, eran nulle quando il disponente non aveva avuto cura di ordinare espressamente la vendita (art. 5); e permettevasi eccezionalmente la conservazione in natura, soltanto: 1. per le cose destinate all'uso o all'ornamento dei castelli o case sostituiti, 2. pei bestiami e per gli utensili necessari alla coltura delle terre (art. 6 e 7).

Il Codice Napoleone, compilato con tutt'altro intendimento, non à punto voluto proibire nè restringere le disposizioni speciali di mobili; e, quando il nostro articolo parla di *mobili compresi nella disposizione*, è chiaro che significa non già solamente, come nell' art. 4 dell'ordinanza, i mobili che trovansi abbracciati in una disposizione universale, ma altresì quelli che fossero l'unico obbietto d' una disposizione particolare. Nel secondo caso, come nel primo, la disposizione sarebbe valida; e in tutti i casi il gravato sarebbe tenuto a far vendere questi mobili, salvo le eccezioni indicate da' due articoli seguenti.

Le disposizioni di questi due articoli paiono di prima fronte non esser che la riproduzione

(1 2 3 e 4) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

degli articoli 6 e 7 dell' ordinanza; ma vedremo tantosto che l' una di esse è dettata in un senso diverso e molto più ampio.

1063. [1019]. La mobiglia e gli altri beni mobiliari che sono compresi nella disposizione coll' obbligo espresso di conservarli nella stessa natura, saranno consegnati nello stesso stato in cui si troveranno nel tempo della restituzione (1).

250. L' art. 7 dell' ordinanza autorizzava la conservazione in natura sull'ordine espresso del disponente soltanto pe' mobili destinati all' uso o all'ornamento de' castelli e esse che faceano essi stessi parte della sostituzione; unicamente quando questi mobili erano delle dipendenze o degli accessori dell' immobile sostituito, poteva il disponente dispensarsi dall' ordinarne la vendita. Il nostro articolo, per l'opposto, permette a questo disponente di far restituire in natura tutt'i mobili che gli piaccia di designare, e ancorchè formassero l' unico obbietto della disposizione: così io posso donare a Pietro la mia argenteria (e null' altro che questa) con onere di restituirla in natura a' suoi figli.

1064. [1020]. Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre si reputeranno compresi nella donazione tra vivi o testamentaria delle stesse terre, ed il gravato sarà tenuto solamente a farli estimare per renderne l'egual valore in tempo della restituzione (2).

251. La prima disposizione di questo articolo, utilissima nell' ordinanza, si trovava inutile a esprimere quì nel Codice. Poichè l' art. 524 rende generale l'idea che l'ordinanza proclamava per le sostituzioni, e dichiara come principio assoluto che i bestiami e gli utensili addetti da un proprietario alla cultura del suo fondo divengono immobili per destinazione e fanno con questo fondo un sol tutto; la disposizione che qui incontriamo e che era una eccezione nell'antico dritto, non è più che una particolare applicazione d'un principio di dritto comune. Tosto che è riconosciuto in principio che i bestiami e gli utensili addetti a un fondo formano legalmente parte del fondo, è chiaro che ogni disposizione di questo fondo abbraccia i detti bestiami e utensili, salvo siasi formalmente espresso il contrario; e ciò o che si tratti d' una disposizione colpita da sostituzione o d' una liberalità semplice o d' una disposizione a titolo oneroso. — Essendo il nostro articolo stato decretato il 3 maggio 1803, ovechè il titolo *della Distinzione de' beni* lo fu il 25 gennaio 1804, s'ignorava allora se il principio dell'immobilizzazione sarebbe adottato; e, quando poi venne ammesso, non si pensò a sopprimere la nostra disposizione divenuta inutile.

In consegnenza di questo principio novello del Codice, non più soltanto i bestiami e gli utensili sarebbero sottomessi alla disposizione del nostro articolo, ma tutt'i beni i quali, mobili per natura, si trovino immobili per destinazione giusta gli articoli 522 e 525; tutti si reputeranno compresi nella disposizione dell'immobile di cui legalmente fan parte.

252. Comunque il gravato debba conservare i bestiami e gli utensili per restituirli in natura, però non restituirà identicamente gli stessi obbietti nello stato in cui potessero trovarsi, chè per lo più potrebbero non più esistere o almeno sarebbero grandemente deteriorati. Egli dovrà farli stimare per restituirne altri d' ugual valore. Diciamo *altri d'ugual valore* e non già *un egual valore*; perchè non il valore delle cose, ma le cose proprio dee restituire. L' art. 6 dell' ordinanza, che i compilatori del Codice intesero riprodurre e che copiarono, diceva: *per restituirne d'un egual valore*; e tutti riconoscono o che la soppressione della particella *di* fu fatta per inavvertenza o che si volle dire: « un valore in bestiami e in utensili » e non un valore in danaro.

1065. [1021]. Il gravato nel termine di sei mesi a contare dal giorno in cui si sarà compiuto l' inventario, dovrà impiegare il contante, il prezzo de' mobili e delle cose vendute, e ciò che si è riscosso dai crediti ereditari (3).

Questo termine, quando occorrerà, potrà prorogarsi.

1066. [1022] Il gravato sarà parimenti tenuto ad impiegare il denaro che proverrà dalla esazione dei crediti e dalla restituzione de'capitali, entro tre mesi al più tardi dopo eseguita l'esazione (4).

253. Questi articoli e i due seguenti c'indicano la quarta ed ultima formalità richiesta nell' interesse de' chiamati, ed è l' impiego di tutte le somme che trovansi far parte della sostituzione. — Tutte quelle che esistono alla chiusura dell'inventario (sia che provengano da rimborso di crediti fatto nell' intervallo dalla morte del disponente a questa chiusura dell'inventario o dal prezzo della vendita de' mobili, sia che abbiano diversa sorgente) debbono esser investite fra sei mesi a far tempo dalla detta chiusura; salvo ancora pel gravato il dritto

(1 2 3 e 4) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

di far prolungare dal giudice questo termine, se vi sia luogo. — Quelle che provvengano da rimborsi fatti dopo la chiusura dell' inventario debbon essere investite fra i tre mesi dal dì della ricezione.

1067. [1023]. Se il disponente avrà specificato la qualità dei beni dei quali debba farsi l' impiego, sarà eseguita la sua volontà, altrimenti non potrà farsi se non coll' acquisto di beni mobili o con privilegio su beni mobili (1).

1068. [1024]. L' impiego prescritto negli articoli precedenti si farà coll'intervento e ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione (2).

254. Avvegnachè la legge domandi che l'impiego, quando non è stato indicato dal disponente, si faccia in acquisto d'immobili o con privilegio sopra immobili, vari autori (3) insegnano che basterebbe una prima ipoteca; e il Vazeille (n. 1), spingendo più oltre quest'arbitraria dottrina, decide che si potrebbe, a seconda delle circostanze, star contento a una ipoteca del secondo o del terz' ordine... Per seguir questa opinione, ci sembra troppo formale la legge; e noi avvisiamo col Delvincourt (c. 4, s. 3 § 1), col Grenier (n. 389) e col Demante (II — 460) che l'impiego con privilegio è indispensabile. Invano dicesi che una prima ipoteca su un immobile libero vale quanto un privilegio: ciò è falso; giacchè il privilegio à sempre prelazione sull' ipoteca, ancorchè nato dopo (art. 2095). Si obbietta che, non potendo il privilegio risultare, come l' ipoteca, dalla volontà del debitore, sarebbe troppo difficile effettuar l' impiego..... Ma si può impiegare con privilegio mediante la surrogazione (art. 1250 1° e 2°, 2103 2° e 5°); e, supponendo che al gravato non venisse fatto, troverebbe a comprar degl' immobili.

Se dopo i termini voluti, il gravato non avesse fatto l' impiego, il tutore incaricato di farlo potrebbe astringerlo a depositar i fondi nella cassa de'depositi e consegne (4). Se lasciasse il danaro nelle mani del gravato e venisse a esser perduto per la sostituzione, questo tutore ne sarebbe responsabile; chè, elasso il termine, egli è in colpa di lasciar i capitali a disposizione del gravato (art. 1073).

§ IV.

Delle misure ordinate nell' interesse de' terzi.

1069. [1025]. Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento col peso di restituzione dovranno rendersi pubbliche ad istanza o del gravato o del tutore nominato per l'esecuzione; cioè in quanto ai beni mobili, mediante la trascrizione degli atti su i registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati, e in quanto alle somme impiegate su i beni mobili con privilegio, mediante la inscrizione su i beni medesimi (5).

255. Per garentire coloro che contrattano col gravato dal pregiudizio che potrebbe lor cagionare l' ignoranza dell' indole risolubile di esso gravato, la legge obbliga costui e il tutore addetto alla disposizione a render pubblico l' onere di restituire che colpisce i beni.

La pubblicità si ottiene, in quanto agl' immobili, con la trascrizione dell'atto d'acquisto su i registri del conservatore del luogo ove i detti immobili son posti; e in quanto alle somme impiegate, con una iscrizione presa contro gl'immobili assegnati al privilegio che dee garentirli, ai termini dell' art. 1067.

Sicchè, per gl' immobili donati in natura dal disponente, si fa trascrivere lo stesso titolo della disposizione (per guisa che questa regola di trascrizione si trova essere una ripetizione di quella dell' art. 939-863, quando trattasi di donazione tra vivi, e solo pel caso di testamento presenta una regola nuova); per gl' immobili comprati dal gravato in impiego di somme sostituite, si trascrive l'atto di vendita, nel quale il tutore à dovuto far menzionare che il bene era acquistato per la sostituzione; infine, pe' capitali investiti con privilegio, si farà fare un' iscrizione che menzioni egualmente l'onere di restituire. — Se si trattasse d' una seconda liberalità che riportasse l'onere di restituire su una donazione anteriore (art. 1052-1008), converrebbe, pe' beni così gravati posticipatamente, far la trascrizione di questa nuova disposizione in margine della trascrizione fatta della prima donazione; il che per altro, qualora i beni della nuova liberalità fossero anch' essi gravati di sostituzione, non dispenserebbe punto dal fare una trascrizione speciale del nuovo atto al suo grado (ran-

(1 e 2) Questi due articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

(3) Toullier V — 760; Duranton, IX — 974; Coin-Delisle, n. 2; *I.* Poi. sez. V.

(4) Presso di noi nella Cassa d' ammortizzazione che fa anche l' ufficio di cassa di deposito delle somme litigiose o sequestrate dal governo, o simili, di appartenenza de'privati. *Il Trad.*

(5) Questi due articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

go) e nell' ufficio della situazione de' beni novellamente donati. — Circa ai mobili che fossero conservati in natura (art. 1063, 1064-1019, 1020), altra garentia non àvvi che la sorveglianza del tutore: se venissero ad essere alienati dal gravato, gli acquirenti, anche a titolo gratuito, si troverebbero al coperto in forza dell' art. 2279-2185; e i chiamati sarebbon ridotti a un ricorso per indennità contro il gravato, e altresì contro questo tutore, ove vi fosse stata negligenza dal canto suo.

1070. [1026]. La mancanza di trascrizione dell' atto contenente la disposizione, potrà essere opposta dai creditori o dai terzi possessori ai minori o interdetti, salvo il regresso contra il gravato e contra il tutore nominato per la esecuzione, e senza che i minori o gl' interdetti possano essere restituiti *in intero* per la omessa trascrizione, quando anche il gravato ed il tutore fossero insolvibili (1).

256. Tutti i creditori del gravato e tutti gli acquirenti, purchè sieno a titolo oneroso (chè vedremo dall' articolo 1072 che la nostra disposizione non s'applica punto ai donatari o legatari) possono argomentare dal manco di trascrizione e d'inscrizione, e fare, quando questa o quella non esista, ciò che fatto avrebbero, se i beni non fossero altrimenti stati colpiti da sostituzione e si fossero trovati liberi nella mani del gravato. La legge si è talmente preoccupata degl' interessi di questi terzi, che neppure l'insolvibilità del gravato e del tutore permetterebbe ai chiamati di rivolgersi contro quelli che àn trattato col gravato.

1071. [1027]. La mancanza della trascrizione non potrà essere supplita nè scemata per la conoscenza che in qualunque altro modo, fuorchè per mezzo della trascrizione, i creditori o i terzi possessori potessero aver avuta della disposizione (2).

257. Egli è chiaro che questo articolo e il precedente si applicano alla mancanza d' iscrizione come alla mancanza di trascrizione, comunque non ne facciano parola. L'omissione, del resto, si trova sufficientemente riparata coi termini dell'art. 1072.

La disposizione del nostro articolo, per quanto severa, è sì formale da non potervisi sottrarre: la legge fa tanto caso della pubblicità dell'onere di restituire, che non ammette verun equivalente ai mezzi che essa stessa à indicati per conseguirla.

1072. [1028]. Non potranno in alcun caso i donatari, i legatari o gli eredi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione e nè pure i loro donatari, legatari o eredi, opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione (3).

SOMMARIO.

I. Questa eccezione si applica agli eredi, ai donatari ed ai legatari del gravato.
II. Questo articolo prova che il Codice non distingue la trascrizione dell'atto come sostituzione dalla sua trascrizione come donazione. Conseguenza.
III. Prova inoltre che, come già si è detto, la mancanza di trascrizione come donazione non può opporsi dai donatari e dai legatari del donante.

I. — 258. Questo articolo ricusa il dritto di invocare la mancanza di trascrizione o d'iscrizione: 1. ai donatari, legatari o eredi del disponente, ossia a tutti gli aventi causa da lui a titolo gratuito; 2. ai donatari, legatari, o eredi di questi stessi aventi causa: or, siccome il gravato medesimo è sempre un avente causa a titolo gratuito dal disponente, ne segue che i donatari, legatari o eredi di questo gravato non posson mai dolersi della mancanza di trascrizione, secondo che abbiam detto sotto l' art. 1070.

II. — 259. Ma, se la regola s' applica necessariamente al gravato (perchè è necessariamente compreso nella categoria degli eredi, donatari o legatari del disponente), non a lui solo si applica, ma abbraccia in termini formali tutti i donatari, legatari o eredi di questo disponente. Or questa è, a parer nostro, una novella prova dell' idea già stabilita sotto l' art. 941-IV, che la trascrizione d' un atto come donazione in forza dell'art. 939, segue le medesime regole della trascrizione d' un atto come sostituzione giusta l' art. 1069, e che gli acquirenti a titolo gratuito non possono invocare la mancanza dell' una come non possono quella dell' altra.

In effetti, se il legislatore, in cambio di non vedere, come noi pretendiamo, che una sola trascrizione sempre identica nella sua natura e ne' suoi effetti, avesse inteso distinguere la trascrizione per sostituzione da quella per donazione; se il nostro art. 1072, parlando del manco di trascrizione, non avesse inteso che il manco della trascrizione per sostituzione, supponendo fatta la trascrizione per donazione (quando d' una donazione si tratti), non avrebbe detto ciò che qui ne dice; non si sarebbe dato pensiero di dichiarare che i legatari o eredi *del disponente* non posson dolersi del manco di trascrizione. Giacchè, per poter domandare se una per-

(1 2 e 3) *Questi articoli in nulla differiscono. Il Trad.*

sona avrà o no il dritto di agire in tal caso, bisogna innanzi tutto ch'ella abbia qualche interesse a farlo ; or le persone onde si tratta sarebbero tutte senza interesse di sorta..

Così per esempio, Pietro mi à dato fra vivi un podere con onere di restituirlo al primo genito de'miei figli: si è fatto trascrivere, ma si è omessa per inattenzione la frase relativa all'onere di restituire, in guisa che l'atto trovasi trascritto come donazione e non come sostituzione : la trascrizione in questo caso ben farebbe sapere che il fondo non appartiene a Pietro, ma a me donatario; però non farebbe sapere ch' io ne ò soltanto una proprietà risolubile a favor de' miei figli. Or, se il nostro articolo non avesse voluto parlare che di questa ipotesi, che del manco di trascrizione come sostituzione solamente, è ben chiaro che non avrebbe fatto parola de'donatari, legatari o eredi *del disponente*... Dopo aver fatto a me la donazione ch'io ò fatta trascrivere come donazione, Pietro à donato o legato a voi lo stesso fondo. Avreste voi forse in tal caso potuto aver l'idea di venir a dire a'miei figli : Io ben sapeva che il podere non apparteneva più a coloi che mel donava, che era proprietà di vostro padre ; ma, siccome non sapevo che vostro padre fosse obbligato di restituirlo a voi, io ve lo toglierò... Non avendo saputo da una trascrizione come sostituzione che la proprietà di vostro padre era risolubile; avendo creduto, all'opposto, attesa la semplice trascrizione come donazione che questa proprietà era irrevocabile, debbo dunque avere il beneficio della liberalità che il donante di vostro padre m'à fatta più tardi in un momento in cui ninn dritto egli aveva sull'oggetto... » È chiaro che una pretensione sì ridicola non sarebbe mai stata mossa, e che il legislatore non à potuto aver in mente di fare una disposizione speciale per dichiarare inammessibile una celia siffatta.

Adunque dal dichiarare che qui fa il legislatore inammessibili non puro gli aventi causa a titolo gratuito dal gravato, sì eziandio gli aventi causa a titolo gratuito *dal disponente* ben segue esservi una sola e unica trascrizione che è ad un tempo trascrizione per donazione e per sostituzione.

260. Questa medesima verità si prova ancora con la circostanza, che il nostro articolo respinge solo gli aventi causa *a titolo gratuito* del disponente e non i suoi aventi causa a titolo oneroso. Se difatti il Codice avesse inteso favellar del caso, in cui, senza la pubblicità della sostituzione, vi fosse pubblicità della donazione, è patente che avrebbe dichiarato irricettibili tutti gli aventi causa del disponente, anche quelli a titolo oneroso... Quando la disposizione tra vivi, che Pietro à fatta del suo fondo a mio favore, è una volta trascritta come donazione, quegli a cui Pietro vendesse poscia il fondo non è più interessato a conoscer la sostituzione che sia colui al quale egli lo donasse : che importa a voi, che comprate da Pietro, di sapere se il fondo m'appartenga irrevocabilmente o se io debba restituirlo più tardi a' miei figli? Tosto che io vi fo sapere, con la mia trascrizione come donazione, che la proprietà non più a Pietro, ma a me appartiene, voi sapete che Pietro non à più il dritto di vendere e non dovete da lui comprare; e, se avete l'imprudenza di farlo, non è certo una ragione per dolervi del manco di cognizione della sostituzione, la quale a me nuoce, non a voi, chè non questa sostituzione, ma la mia donazione vi nuoce; or questa donazione l'avete conosciuta, essendo trascritta.

Dunque, poichè l'eccezione non è stabilita che contro coloro a' quali il disponente à trasmesso a titolo gratuito, è una novella prova che trattasi d'una trascrizione come sostituzione e come donazione a una volta.

260 *bis*. Sicchè il nostro articolo non è scritto che pel caso in cui la disposizione fatta coll'onere di restituire non sia stata punto trascritta, e gli aventi causa a titolo gratuito dal disponente, quandanco potessero criticare contro il donatario gravato questa mancanza assoluta di trascrizione, non potranno invocarla contro i chiamati. Per conseguenza, eziandio nel sistema di coloro che insegnano poter infatti i donatari e legatari del donante invocare contro il donatario anteriore il manco di trascrizione, questi donatari o legatari non potrebbero prendere i beni che durante la vita del donatario gravato e sarebbero obbligati a rimetterli a'chiamati alla morte di esso gravato.

III. — 261. Ma si è veduto (art. 941, IV) che noi punto non adottiamo quest' ultimo sistema e che, secondo la nostra dottrina (che è pur quella di Merlin, Guilhon, Grenier e della giurisprudenza) i donatari e legatari posteriori non possono invocare il manco di trascrizione contro il donatario anteriore. La qual dottrina trovasi pur giustificata dal nostro articolo.

E di fermo, perchè ricusa il Codice a' donatari e legatari il dritto d'invocare il manco di trascrizione contro i chiamati? forse per un favore particolare verso costoro ? ma i sostituiti sono anzi veduti men favorevolmente di un donatario ordinario ; la sostituzione non è permessa che per eccezione a un principio di severo divieto, quandochè, la donazione semplice è di dritto comune; il sostituito, in mancanza di trascrizione si vede togliere i beni (dagli aventi causa a titolo oneroso) purquando egli sia minore o interdetto e il suo tutore

e il gravato sieno insolvibili (art. 1070) e il reclamante sia notoriamente in mala fede (art. 1071); Adunque se lo si sottrae all'azione dei donatari e legatari, non può essere per un peculiar favore; è piuttosto per questa idea, effetto naturale e sovranamente equa, che tra due persone, le quali lottano entrambe *de lucro captando*, quella il cui titolo è anteriore dee per ciò solo esser preferita alla seconda e che la condizione rigorosa d'una previa trascrizione per acquistar il dritto a fronte de'terzi non è imposta che a favore di quelli i quali reclamano un dritto stabilito a titolo oneroso; or questa idea s'applica a donatari ordinari del pari che a sostituiti. Sicchè, secondo noi, a quella guisa che degli acquirenti a titolo oneroso non àn mai d'uopo della trascrizione in faccia ad acquirenti posteriori, ancorchè a titolo oneroso pur essi, così gli acquirenti a titolo gratuito non ne àn mai bisogno in faccia ad altri acquirenti a titolo gratuito: la trascrizione è necessaria sol quando ci à un acquirente a titolo oneroso a fronte d'un donatario, e gli articoli 941 e 1070 non intendono accennare fuorchè alle persone le quali abbiano un interesse acquisito a titolo oneroso.

1073. [1029]. Il tutore nominato per l'esecuzione sarà risponsabile, quando non siasi pienamente uniformato alle regole di sopra stabilite per comprovare lo stato dei beni, per la vendita dei mobili, per l'impiego del danaro, per la trascrizione e l'inscrizione, e generalmente se non à praticato tutte le diligenze necessarie, perchè venga bene e fedelmente adempito l'obbligo della restituzione (1).

1074. [1030]. Se il gravato è in età minore, non potrà essere restituito in intero per la inosservanza delle regole prescritte negli articoli di questo capitolo, neppure nel caso che il suo tutore fosse insolvibile (2).

262. Le disposizioni di questi due articoli trovansi spiegate con ciò che è stato detto di sopra, segnatamente sotto gli articoli 1054 e 1057.

CAPITOLO VII.

Delle divisioni fatte da' genitori o da altri ascendenti fra' loro discendenti.

1075. [1031]. I padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti (3).

263 (4). La legge à creduto dover dare a'padri di famiglia un mezzo da prevenire le con-

(1 2 e 3) Questi due articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

(4) Il Troplong nel suo *Commentario delle Donazioni e de' Testamenti* (n. 2293 a 2295) premette alla spiegazione di questo articolo quanto segue:

Il nostro articolo dà ai padri, alle madri e agli altri ascendenti la più dolce magistratura, confidando loro il potere di far tra i loro figli la divisione de' propri beni.

Quest'atto del padre di famiglia è noto nella giurisprudenza sotto il nome di *abbandono di beni* o di *divisione d'ascendenti*. Non è già la dimissione di beni conosciuta nell'antico regime; chè, anche un tempo, quando la dimissione di beni era legalmente praticata, si distingueva dalla divisione *inter liberos*. La dimissione non conteneva necessariamente una divisione; non si confondeva con la divisione *inter liberos* se non quando il dimittente faceva tra le persone e con le condizioni a cui conveniva la divisione *inter liberos*.

Talvolta il padre fa per testamento la divisione de' propri beni fra i suoi figli. È allora suo scopo di distribuir la sua successione in maniera da far regnare dopo di lui tra i figli la concordia e l'unione. Ma più sovente l'ascendente procede per via di donazioni tra vivi. Allorchè un padre sente il peso degli anni, allorchè è sonata per lui l'ora del riposo, ei trova ne' suoi figli de' successori naturali, i quali prendendo per anticipazione i beni di lui, lo esonerano da un' amministrazione penosa e assicurano ai suoi di cadenti, mercè una pensione, un' esistenza onorata e scevra da cure affannose. Non solamente con ciò può egli tener per fermo che la sua morte non sarà seguita da domestiche dissensioni, ma in oltre gode per innanzi della pace che gli sopravviverà, in grazia della saviezza di sue disposizioni e della sua fiducia ne' propri figli. Pertanto sono le divisioni anticipate tra figli usitatissime in molte province della Francia; e produconvi ottimi effetti.

Indarno la sottigliezza del dritto opporrebbe che le divisioni anticipate ledano il principio secondo cui non si può patteggiare su una successione futura; chè la magistratura paterna esercitata per isbandire le discordia dal focolare domestico à un carattere sì rispettabile e sì tutelare che non son mica da temere con essa gl'inconvenienti d'ordinario annessi ai patti sulle successioni future. Essa in fatti, anzichè far nascere, impedisce le controversie: è utile alla famiglia in luogo di crearle degli imbarazzi. E qual cosa è mai più favorevole di cotesto intervento del padre che previene proprizismente l'ufficio de'periti, degli arbitri e de' giudici, che dispensa dalle formalità e dalle lentezze ordinarie, pur conservando i dritti di ciascuno? Assai ben dice Salomone: « *Sapiens dominabitur filiis stultis et inter fratres haereditatem dividet;* » ed è il caso di ripetere con la legge delle XII Tavole: « *Arbitrium patris summum judicium esto.* »

Siccome il dritto consacrato dal nostro articolo è una specie d'effetto della patria potestà, la sua origine si perde nella notte de' tempi. Trovansene in fatti tracce giuridiche nel dritto romano, nelle formole e capitolari e nelle consuetudini.

testazioni che troppo spesso fa nascere la divisione delle successioni, permettendo loro di far eglino stessi questa divisione tra'loro figli.

Questa divisione della successione dell'ascendente fatta da lui medesimo non può farsi, come vedremo dal seguente articolo, che nella forma e con tutte le regole d'una donazione o d'un testamento. La non è precisamente un testamento o una donazione, è una divisione; non propriamente una liberalità, ma piuttosto la consacrazione del dritto di successione; non si tratta già di creare un dritto ai beni, ma sì semplicemente di regolare i dritti successori dalla legge conferiti. Perciò le disposizioni si applicano alla riserva come alla disponibile, secondo che ci prova il nostro articolo, perciò pure non è in libertà del disponente di omettere qualcuno de' suoi figli (art. 1078-1034) nè di violare il gran principio dell'uguaglianza fra gli eredi (art. 1079-1035). Sicchè le regole che ci facciamo a spiegare sarebbonsi egualmente potute allogare nel titolo *delle successioni* come in questo *delle donazioni*; al quale appartengono unicamente pel modo di effettuare la divisione di cui si tratta.

Questa disposizione, media per così dire, la quale non è una divisione ordinaria di successione e non è neppure una liberalità propriamente detta, è permessa soltanto agli ascendenti a favore de'loro discendenti: non potrebbe adoperarla un parente collaterale verso i suoi eredi presuntivi. Senza dubbio potrebbe egli distribuire i suoi beni fra i propri eredi; ma non farebbe allora una divisione di successione che rivesta le forme d'una donazione o d'un legato, farebbe un vero legato, una vera donazione. Adunque, laddove la divisione in parola sarebbe nulla, se non si trovasse fatta tra tutti gli eredi esistenti alla morte (articolo 1078-1034), la disposizione del collaterale resterebbe valida, comunque attribuisse tutti i beni a taluni soltanto degli eredi, e, laddove la nostra divisione può essere impugnata, quando un de'figli non abbia i tre quarti della sua parte ereditaria o un altro abbia al di là della disponibile e della sua quota di riserva riunite (art. 1079-1035), la disposizione del collaterale sarebbe inoppugnabile, qualunque fosse la disuguaglianza de'vantaggi costituiti ai diversi donatari o legatari.

1076. [1032] Queste divisioni potranno farsi per atto tra vivi o per testamento, colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti (1).

Le divisioni fatte per atti tra vivi non potranno risguardare se non i beni presenti.

I testi del dritto romano, che ne àn parlato sono stati obbietto d'un difficile studio, come si può credere dalle discussioni in cui entra Furgole. Siccome la novella 107, che formava su questo punto l'ultimo stato della giurisprudenza, regolava a un tempo le forme del testamento *inter liberos* e della divisione *inter liberos*, è intervenuto che adesso sonosi confusi insieme questi due generi di atti, e quinci son sorte lunghe contestazioni. Ma le sono per avventura due cose differentissime. E vaglia il vero, l'istituzione solenne era richiesta nel testamento *inter liberos*, e il testatore doveva esprimere le parti nelle quali faceva eredi i suoi figli; nella divisioni *inter liberos*, per l'opposto, la quali erano piuttosto semplici atti di dritto naturale e disposizioni *ab intestato*, il padre di famiglia non era punto obbligato d'osservar la formalità dell'istituzione ereditaria; e questa facoltà, giusta la novella 107, estendevasi a tutti gli ascendenti, senza distinzione di sesso.

Noi non ci soffermeremo a metter d'accordo gli autori sulle formalità necessarie ne' patti *inter liberos*; possono consultarsi Favre; Mantica, Voet e Furgole. L'ordinanza del 1735 li regola in modo diffinitivo; volle che l'atto di divisione si facesse in presenza di due notai o tabellioni, ovvero d'un sol notaio e di due testimoni, e che fosse interamente scritto, datato e firmato di mano del dividente.

Nei paesi consuetudinari, la divisione tra figli non era altrimenti di dritto comune; era ammessa soltanto in talune consuetudini, come quelle di Bretagna, Poitou, Borbonese, Nivernese, Borgogna, Amiens, Peronne ec. ec. E vi si praticava con regole diverse e speciali che variavano a tenor del capriccio degli statuti. Qui il diritto era ristretto ai genitori; colà si estendeva fino ai collaterali: ma, in tutti i casi, distinguevasi per naturali aspetti dalla divisione *inter liberos* praticata in dritto romano.

Di fatti, secondo la regole del dritto romano, la divisione *inter liberos* poteva esser fatta di tutti i beni o di alcuni solamente, conforme provano le leggi 20, § 3 e 21 C. *Familiae erciscundae*: e in specie la novella 18, cap. 7, in cui si legge: « *Si quis voluerit suas res aut dividere aut omnes aut etiam aliquas forte relinquere praecipuas* ». Ancora poteva farsi a favore di taluni figli soltanto, chè, come detto abbiamo (la preterizione non vi era punto un mezzo di nullità) e allora era una specie di precapienza.

Nei paesi di consuetudine, per converso, la divisione doveva esser fatta tra tutti i figli e doveva comprendere tutti i beni esistenti all'epoca in cui si faceva. Del rimanente, sì ne' paesi di dritto scritto, sì in quelli di consuetudine, poteva il padre crear tra i suoi figli delle disuguaglianze, purchè restassero intatte le legittime.

Infine la divisione *inter liberos*, vuoi nei paesi di dritto scritto, vuoi negli altri, aveva un carattere ambulatorio, pur quando era stata qualificata donazione fra vivi ed insinuata. Eccettuavasi il caso che fosse fatta per contratto di matrimonio e quello in cui il padre avesse operato una tradizione reale ai suoi figli mediante annua pensione.

(1) All'art. 1076 C. Nap. l'art. 1032 LL. CC.

264. Avvegnachè la divisione onde qui trattasi non sia per l'appunto un legato o una donazione, pur vi si appressa di molto; attesochè, se si faccia con atto d'ultima volontà, è come il testamento una disposizione fatta pel tempo in cui il suo autore non esisterà più, e, se abbia luogo con atto tra vivi, produce attualmente come la donazione un gratuito spropriamento: e ciò per fermo à condotto il legislatore a sottometterla in generale a tutte le formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni o pe' testamenti. Sia che vuolsi, la volontà della legge è formale a tal riguardo.

Pertanto, allorchè à luogo per disposizione d'ultima volontà, conviene si adoperi una delle tre forme, olografa, pubblica o mistica (art. 969-894); inoltre la disposizione è sempre rivocabile (art. 895-815), e non potrebbe essere fatta da due ascendenti insieme e con un solo atto (art. 968-893). Quindi segue che un padre e una madre non potran mai fare per atto d'ultima volontà la distribuzione comune de' loro beni fra i propri figli. Ben si comprende che ciò avrà un grave inconveniente, massime pe' beni componenti la comunione che fra loro potesse esservi: e sì è increscevole che il legislatore non abbia sottratta la divisione di ascendenti alla regola dell'art. 968-893; ma *statuit lex*.

Quando la divisione à luogo per atto tra viventi, debb'essere accettata espressamente (art. 932-856); è irrevocabile (art. 894-814), e si trova quindi sottomessa alle diverse conseguenze del principio *donner et retenir ne vaut*. Onde non solo non può, come dice il nostro articolo, comprendere che i beni presenti (art. 913-867), ma non può esser fatta sotto condizioni dipendenti dalla sola volontà del disponente (art. 914-868), nè sotto l'onere di saldare altri debiti all'infuori di quelli che attualmente esistessero (artic. 945-869) nè sotto la riserva fatta dall'ascendente di disporre più tardi delle cose comprese nella divisione (art. 946-870).

265. Tutti ben riconoscono che, nel caso di divisione per atto testamentario, i discendenti son tenuti, e tenuti *ultra vires bonorum* (salvo accettazione beneficiaria) pei debiti del disponente: la è una conseguenza del fatto che i condividenti, come abbiam detto, vengono, non già in virtù d'un testamento e come legatari, ma per successione legittima e come eredi; essendo l'atto testamentario inteso non a conferire il dritto, sibbene a regolare il diritto dalla legge conferito.

Più ardua è la quistione in caso d'atto tra vivi. Il Toullier (817 e 818) insegna che l'obbligazione di pagar i debiti (i debiti attuali ben inteso; chè secondo l'art. 945-869 non può esser quistione de' debiti futuri) non esiste che quando risulti dall'atto che il disponente abbia inteso imporla. Il Duranton (n. 630) dice che l'obbligazione esisterà, se la disposizione è fatta a titolo universale, e non esisterà punto, se il disponente à proceduto coll'attribuzione di oggetti speciali . . . Ma noi non possiamo adottar queste idee; chè in qualunque modo abbia proceduto l'ascendente, ci à sempre in fondo disposizione universale, poichè trattasi della divisione d'un patrimonio, della divisione d'una universalità fra diverse persone chiamate come comproprietarie di questa universalità e che d'altronde non vengono che per una specie di successione anticipata: ora un patrimonio è l'attivo diminuito del passivo (vedi art. 1083 III). Noi pensiamo adunque col Grenier (n. 395), col Delvincourt e col Vazeille (n. 3) che la obbligazione di pagare dei debiti attuali esista qui di pieno dritto.

266. Del resto, questa specie di quasi successione non potendo, in mancanza d'una positiva finzione nella legge esser riguardata come una vera successione, attesochè *viventis nulla est haereditas*, e non potendo i figli essere i continuatori della persona che trasmette, dacchè questa esiste tuttavia, questi debiti attuali non sarebbero da essi dovuti *ultra vires*, ma solo fino a concorrenza del valor dei beni.

In quanto ai debiti futuri, è chiaro che i figli non li dovrebbero se non venissero alla morte del disponente ad accettar la sua successione per raccogliere i beni che posteriormente fossero potuti pervenirgli. E in questo caso, se accettassero puramente, dovrebbero *ultra vires* e questi debiti futuri e quelli che dapprima avean dovuti entro i limiti dell'attivo, giacchè, trovandosi allora essere i continuatori del defunto, dovrebbero tutto ciò che questo doveva.

1077. [1033]. Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni che l'ascendente lascia in tempo della sua morte, i non compresi saranno divisi in conformità delle leggi (1).

267. Questa non è che un'applicazione del principio dell'art. 887.

1078. [1034]. Sarà interamente nul-

aggiunge la clausola: « Questi atti sono considerati come *anticipate successioni;* » con la quale sottoponendo gli atti di cui parlano gli art. 1076 C. Nap. e 1032 LL. CC. alla regola generale della divisione, salvo le disposizioni di essi articoli, sono eliminati i dubbi che gli stessi scrittori francesi avean mossi intorno all'art. 1076. *Il Trad.*

(1) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Tr.*

la la divisione, se non è stata fatta tra tutti i figli esistenti in tempo della morte, e i discendenti di quelli che premorirono. Tanto i figli o discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli tra i quali venne fatta la divisione, potranno dimandarne una nuova nelle forme legali (1).

268. Una divisione è necessariamente nulla quando non è fatta tra tutti gli aventi dritto; ora gli aventi dritto son qui tutti i discendenti che trovansi chiamati alla successione del disponente alla sua morte; se dunque alcuno di loro si trovi omesso (perchè non era nato nel momento della formazione dell'atto), la divisione è nulla per l'intero; ciò dichiara la prima parte del nostro articolo — Quando la divisione si trova così infetta di nullità, non sarebbe giusto astringere i figli che vi sono stati compresi a restare indefinitamente sotto l'azione de' loro coeredi fino a che piaccia a costoro di agire. In conseguenza la seconda parte dell'articolo dichiara che la divisione è nulla assolutamente per tutti e che i figli che vi erano stati chiamati posson provocarne una nuova al pari degli altri.

Egli è chiaro, del rimanente, che questa nullità della divisione per omissione d'uno o di più figli non à luogo cho qualora i figli omessi accettino la soccessione; chè se rinunziano, si trovano di non aver mai avuto dritto a questa successione (785-702), e quindi la divisione, trovandosi essere stata fatta tra tutti gli aventi dritto, rimane inoppugnabile.

269. Se, in cambio della sopravvenienza di un figlio dopo la confezione dell'atto, vi fosse al contrario premorienza d'uno de'figli condividenti, cosa mai accadrebbe? Bisogna distinguere se questo figlio lasci o no discendenti e se la divisione si sia fatta per donazione o per testamento.

Quando la divisione si è fatta per testamento, allora i beni si trovan trasmessi, non per legato, ma per successione: il solo cambiamento alle regole ordinarie si è che la divisione di questa successione era stata regolata anticipatamente. Laonde, se il premorto lascia de'figli, questi verranno per rappresentazione a prendere nella successione del disponente la porzione che al padre loro era stata assegnata. S'egli non lascia figli, allora coloro cho sarebbero stati suoi coeredi si trovan chiamati, ciascuno per la sua parte ai beni ch' egli dovea prendere; e, non trovandosi questi beni, divisi fra loro, ci à luogo a far per esso un supplemento di divisione, giusta l'artic. 887-807.

270. Allorchè la divisione si è fatta con atto tra vivi, il figlio oggi premorto si è trovato immediatamente proprietario irrevocabile de' beni attribuitigli, e, se gli à alienati, sia tra vivi, sia per testamento, l'alienazione è valida: se non gli à altrimenti alienati, sono nella sua successione *ab intestato*. Se, lasciando questi beni nella sua successione, il figlio non à discendenti, i beni donati, vengon ripresi a questo titolo dall' ascendente autore della divisione (art. 747-570); e gli altri condividenti verranno a riprenderli nella costui successione, facendo per essi una nuova divisione (art. 887-807). — Se lascia de'discendenti, questi beni apparterranno loro qualora accettino la sua successione; che se vi rinunziano, ricadranno, come detto abbiamo, all' ascendente donante.

Ma, sia che questi figli accettino la successione del padre loro, sia che vi rinunzino, mai non potranno reclamare alcun che nella successione del disponente in quanto ai beni divisi; dappoichè venir non potrebbero a questa successione se non per rappresentazione; ora il figlio che viene per rappresentazione del padre è tenuto a conferire il dono stato fatto al padre, pur quando ripudî la soccessione di lui (art. 848-767): cotalchè riceverebbe da una mano per restituire dall' altra.

Un altra conseguenza del fatto che con la divisione tra vivi il condividente entra attualmente in possesso come in virtù d'una donazione ordinaria, si è che una rinunzia alla successione del disponente non impedirebbe che esso condividente conservasse i beni ricevuti.

1079. [1035]. La divisione fatta dall' ascendente potrà impugnarsi per causa di lesione oltre il quarto, come pure nel caso che dalla divisione e dalle disposizioni fatte per anteparte risultasse che uno di coloro, tra i quali è stata fatta la divisione, abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permetta (1).

271. Dichiarando la divisione di ascendenti rescindibile per lesione di oltre il quarto, la legge non fa che applicare il principio generale dell'art. 887-807.

Epperò non dell' importanza della riserva conviene qui preoccuparsi; giacchè non si tratta punto d' una liberalità e della distinzione de'beni in riservati e disponibili; si tratta sibbene d'una divisione, e vuolsi ricercar soltanto se il figlio abbia o no ottenuto almeno i tre quarti della sua parte esatta (art. 887-807). S'egli non à questi tre quarti, potrà dolersi, ancorchè abbia più della riserva; se à i tre

(1 e 2) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

quarti, non potrà reclamare, ancorchè abbia meno della riserva.

Supponiamo che un patrimonio di 60,000 fr. sia da dividersi fra due figli e che il padre, in luogo di dare esattamente o presso a poco 30,000 fr. a ciascuno, attribuisca 38,000 fr. all'uno e soli 22,000 all'altro. Quest'ultimo à più della sua riserva (che nella specie sarebbe di 20,000 fr.); ma siccome non à i tre quarti della sua metà ne' beni divisi (poichè essendo questa metà 30,000 fr., i tre quarti sarebbero 22,500), potrà far rescindere la divisione. Supponiamo ora un patrimonio di 80,000 fr., tre figli e una donazione di 20,000 fr. fatta a un estraneo o per antepartе ad uno de'figli e che riduca egualmente a 60,000 fr. i beni da dividersi: il padre lascia all'uno 25,000 fr., al secondo 20,000 e all'ultimo solo 15,000. Questi non à altrimenti la sua riserva (che qui è d'un quarto di tutto il patrimonio ossia di 20,000 fr.): ma siccome à i tre quarti della porzione che gli apparteneva su i 60,000 fr. da dividersi, non potrà mica insorgere contro la divisione.

272. Ciò che abbiam detto suppone che l'ascendente possa distribuire ai suoi figli la sola riserva, donando d'altronde tutta la sua disponibile, sia all'uno de' figli (per antepartе), sia a qualunque altra persona; e che in questa divisione, che cade sulla sola riserva, non possa il figlio querelarsi, quando à i tre quarti della sua porzione ne' beni divisi. E di fatti il risultato è allora lo stesso che se il padre, dopo donata la disponibile, fosse morto senza dividere il resto; la divisione della riserva, fatta giusta le regole ordinarie del titolo *delle successioni*, neppure avrebbe potuto essere impugnata, tosto che niuno de' condividenti fosse stato leso di oltre un quarto (art. 887-807).

Tuttavia, onde la divisione non possa in simil caso venir contraddetta, fa d'uopo che la disponibile non venga a un figlio, la cui parte fosse forte abbastanza perchè la riunione del tutto eccedesse i valori riuniti della disponibile e d'una parte esatta di riserva. Esempligrazia, se nella seconda ipotesi anzidetta al figlio che riceve la precapienza di 20,000 fr. fosse attribuita nella divisione la porzione di 25,000 fr., questa divisione sarebbe rescindibile giusta la seconda disposizione del nostro articolo; chè questo figlio avrebbe così 45,000 fr., laddove la riunione della disponibile e del terzo esatto della riserva non può formare che 40,000 fr. Il legislatore presume in tal caso che l'ascendente abbia usato della divisione permessa dal nostro capitolo per frodare la legge e far avere a un figlio più della sua riserva e della disponibile riunite. Si scorge, del resto, dai termini stessi del nostro articolo, che la sola divisione potrebbe in questo caso essere annullata; la disposizione precipuaria conserverebbe il suo effetto, salvo a fare una nuova divisione secondo le regole ordinarie.

273. Poichè la specie di disposizione di cui qui si occupa la legge costituisce una divisione, si dovrà dunque applicarle quelle tra le regole ordinarie della divisione, alle quali il nostro articolo non deroga. Convien dunque decidere, a tenor dell'art. 891-811, che le due cause di rescissione indicate dal nostro articolo sparirebbero, se nel primo caso si offrisse a colui che non à i tre quarti della sua porzione il supplemento di questa porzione; e se nel secondo colui che è troppo vantaggiato offrisse di restituire quanto si trova di avere al di là di ciò che permette la legge. In fatti simili offerte non lascerebbero verun interesse alla domanda di rescissione.

274. Vedremo sotto l'articolo 1304 che l'azione accordata dal nostro articolo non si apre, eziandio in caso di donazione tra vivi, che alla morte dell'ascendente, e che allora soltanto comincia a correre il termine di dieci anni con cui la si prescrive.

1080. [1036]. **Il figlio che per alcuna delle cause espresse nell'antecedente articolo impugni la divisione fatta dall'ascendente, dovrà anticipare le spese della estimazione, e vi sarà diffinitivamente condannato, del pari che a quelle della lite, se il reclamo non è fondato.**

275. La legge, presumendo fino a prova del contrario che la divisione dell'ascendente è stata fatta come dovea essere, e non volendo che troppo di leggieri il figlio si lasci andare a domandarne la rescissione, dichiara che non pur l'attore sarà tenuto ad anticipar del suo le spese della stima che bisognerà fare de' beni, ma che, se soccomba, le sopporterà egli solo, al pari delle altre spese della lite, come che d'ordinario i giudici sieno autorizzati a compensar queste spese, quando la contestazione si agita tra fratelli e sorelle.

Beninteso, questa eccezione all'art. 131 C. proc. non impedirebbe punto di applicare al caso inverso la sua disposizione. Così, quando l'attore per rescissione avrà trionfato, è chiaro che i giudici potranno nondimeno fargli sopportare una parte delle spese.

(1) Niuna differenza si rileva da questi articoli. *Il Tr.*

CAPITOLO VIII.

Delle donazioni fatte per contratto di matrimonio a' coniugi ed ai figli nascituri del matrimonio.

276. Sotto l' art. 896-II, si è veduto che, contro l'opinione del Merlin e del Toullier, non esistono più sotto il Codice donazioni a causa di morte e che le liberalità eccezionali, onde si occupano il nostro capitolo e il seguente, son mai sempre delle donazioni tra vivi; le quali restan sottomesse alle regole ordinarie per tutti i casi che non sono obbietto d' una formale denegazione.

Le donazioni di cui tratta il nostro capitolo VIII son di quattro specie: 1. donazioni ordinarie di beni presenti (art. 1081); 2. donazioni di beni futuri (art. 1082, 1083); 3. donazioni cumulative di beni presenti e futuri (art. 1084, 1085), 4. in fine donazioni fatte senza spropriazione irrevocabile del donante e per derogazione alla regola *donner et retenir ne vaut* consacrata dagli art. 944 a 946 (art. 1086).

Ciascuna di queste quattro specie à regole speciali; ma ve ne son pure delle comuni a tutte. Così: 1. non sono nulle per manco di espressa accettazione (art. 1087 1042); 2. son sempre fatte sotto la tacita condizione che il matrimonio abbia luogo (art. 1088 1043); 3. sono di pieno dritto presunte (a eccezione di quelle della prima specie) fatte ai figli nascituri dal matrimonio (art. 1082, 1086, 1089-1038, 1044); 4. sono caduche (eccetto ancora quelle della prima specie) se il donante sopravviva al coninge donatario ed ai suoi figli nati dal matrimonio (art. 1089-1044), 5. sono riducibili come ogni altra alla quota disponibile (art. 1090-1045); 6. come ogni altra son rivocate di pieno dritto per sopravvenienza di figli (art. 960-885); 7. ma non son punto rivocabili per ingratitudine (art. 959-884).

1081. [1037] Ogni donazione tra vivi de' beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi, sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo (1).

Essa non potrà aver luogo a vantaggio de' figli nascituri, se non ne' casi espressi nel capitolo VI di questo titolo.

277. Le regole generali alle quali restan sottomesse le donazioni fatte per contratto di matrimonio, quando non àn per obbietto che dei beni presenti, sono la riduzione alla quota disponibile; la rivocazione per la sopravvenienza di figli; la trascrizione, se si tratti d' immobili (art. 939-863); lo stato estimativo pe' mobili (art. 948-872); l'impossibilità d' indirizzarsi a persone non ancora concepite (art. 906-822); lo spropriamento attuale e irrevocabile del donatore. Ben è vero che questi può qui non ispropriarsi irrevocabilmente (art. 1086-T); ma allora più non sarebbe una donazione dei beni presenti propriamente detta, della quale parla il nostro articolo e che appartiene alla prima delle quattro classi su indicate; sarebbe una donazione della quarta classe quella che contempla l' art. 1086-T. e che differisce dall' altra 1° in quanto si presume fatta, non pure al coniuge, ma ai suoi figli nascituri dal matrimonio e 2° in quanto è caduca, occorrendo, per la sopravvivenza del donante al coniuge ed ai figli di lui.

Abbiam detto che la donazione fatta nel modo preveduto dall' art. 1086 s' indirizza di pieno dritto ai figli nascituri come ad esso il coniuge; ma al contrario quella di cui parla il nostro articolo, la donazione regolare di beni presenti non potrebbe comprendere i detti figli neppure con una chiamata formale (salvo, beninteso il caso di sostituzione): il che dichiara positivamente il nostro articolo. Sicchè le sole differenze tra questa donazione per contratto nuziale e la donazione ordinaria sono: 1° che essa non esige un espressa accettazione (art. 1087-1042); 2. che è sempre condizionale (art. 1088-1043) e 3. che non è rivocabile per ingratitudine (art. 959-884 — Egli è aperto del resto che dal 1826 al 1849 non solo ne' casi enunciati nel capitolo VI (cioè quando il donante è il padre o il fratello del coniuge donatario) poteano chiamarsi i figli mercè una sostituzione fedecommessaria, ma in tutti i casi possibili, giacchè le disposizioni a patto di restituire ai figli poteano allora farsi in favore di qualunque persona.

1082. [1038]. I genitori, gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi, ed anche gli estranei, potranno per contratto di matrimonio disporre di tutti o di parte dei beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore dei detti sposi che dei figli nascituri dal loro matrimonio nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario (2).

Tal donazione, e quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi, si presumerà sempre, nel suddetto caso di sopravvivenza del donante, fatta a favore de' figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio.

(1 e 2) Questi articoli in nulla differiscono. *Il Trad.*

SOMMARIO.

I. Donazione di beni futuri. Da chi possa farsi: errore di Grenier. — Non è possibile che per contratto di matrimonio: errore di Toullier e di Vazeille. — Può farsi a titolo particolare: confutazione al Duranton.

II. La donazione può farsi ad uno de' coniugi o ad entrambi: e pel caso di loro premorienza, può estendersi ai discendenti nascituri dal matrimonio. — Questa estensione ai discendenti si presume di pieno dritto nel silenzio del testatore, ma sparisce incontro a un'esclusione formale: confutazione al Coin-Delisle.

III. I figli e discendenti non vengono nè per sostituzione fedecommessaria nè tampoco per sostituzione volgare: critica al Demante e al Duranton. — Bisogna applicare ai figli dei figli le regole della rappresentazione.

IV. Benchè il donante possa escludere i figli, non può però chiamarli a parti inuguali o chiamarne soltanto uno o più: non lo poteva prima del 1849 che con la sostituzione, la quale è permessa qui come nelle donazioni de' beni presenti. In quanto all' antica clausola di *associazione*, essa non è più possibile.

V. Il donatario non è tenuto pe' debiti *ultra vires. Quid* del rilascio.

I. — 278. La disposizione onde qui trattasi è quella che, secondo l'uso ricevuto, noi abbiam sovente designata col nome *d' istituzione contrattuale*. Questo nome le conveniva perfettamente un tempo, dacchè la era veramente una *istituzione* d'erede fatta per *contratto*, ma non è rigorosamente esatta al dì d' oggi che non vi sono più altri eredi, salvo i successori chiamati dalla legge medesima e che la volontà dell'uomo non fa più che dei donatari o de' legatari (art. 893 — 813). Oggi, come dimostrano e l'art. 893 e la rubrica del nostro capitolo e gli art. 1082, 1083, 1089-1038, 1039, 1041, essa non è più che una *donazione di beni futuri*, e con le regole generali delle donazioni, non già con quelle delle successioni o de' testamenti, converrà supplire alle regole speciali di siffatta maniera di disporre (1).

(1) Il Troplong fa sull' istituzione contrattuale la seguente rassegna istorica.

Il genere di disposizione, di cui parlano gli articoli 1082 e 1083, è conosciuto nel dritto sotto il nome d'istituzione contrattuale. Questa materia, un tempo usitatissima, lo è assai meno al dì d'oggi; apperò ne diremo soltanto quel che è mestieri dirne, tralasciando le quistioni oziose, i particolari senza importanza e le ipotesi troppo lontane dalla sfera della pratica.

Il Delauriere, che à dottamente trattato il subbietto, così definisce l'istituzione contrattuale: « È un dono irrevocabile di successione o d'una parte di successione, fatto per contratto di matrimonio a favore d' uno de' coniugi e de' figli che da loro potran nascere ».

È questa la fedele imagine della disposizione contemplata dal nostro articolo, disposizione che si discosta dai principi del dritto comune e che una volta veniva chiamata non di rado *convenance de succéder*, come a dinotare con tal caratteristica denominazione il concorso di due cose che d'ordinario si escludono, la successione futura e il contratto. Innanzi di farci a esaminarla sotto l'aspetto dottrinale e pratico, dobbiamo additarne la fonte del tutto estranea ai principi generali del dritto civile romano.

Infatti le istituzioni contrattuali erano ignote ai Romani. Nel loro sistema non si potea fare una istituzione d' erede che con l' atto civile appellato *testamento*; non aveano cotal privilegio i codicilli e i fedecommessi, che solo davan luogo a disposizioni indirette. Tanto maggiormente era vietato istituire eredi per contratto. Arrogi che i Romani videro sempre gravi inconvenienti nei patti intervenuti sopra successioni future; chè da una banda l' industria degli eredipeti vi era sì scandalosa e sì audace, che almeno facea d'uopo sottrarle questa branca delle sue speculazioni, e d' altra parte la libertà de' testamenti era ne' costumi romani una di quelle onde i cittadini eran più gelosi, e non si potea ammettere che un padre di famiglia si costringesse a non rivocare a suo piacimento le proprie liberalità testamentarie.

Perciò troviamo nel Codice di Giustiniano una decisione degli imperatori Valente e Galliano, in forza della quale, un'obbligazione contratta da un padre nel mandare a marito la figliuola di assicurarle la metà della sua successione coi fratelli, è dichiarata DESTITUTA d' effetto. Quindi la regola contenuta nella l. 20, D. de V. S. « *Verba contraxerunt, gesserunt non pertinent ad testandi jus.* ».

Senonchè si scorge dalle stesse leggi che le proscrivono che le promesse fatte in un contratto nuziale a favor d' uno de' coniugi sulla futura successione del donante facevan progresso ne'costumi. Anzi intervenne che l' uso la vinse sulla sottigliezza del dritto, come vediamo dalla novella 19 di Lione il filosofo, e questo principe dichiarò esser profondamente assurdo voler che un padre, il quale avea promessa l' aguaglianza alla figliuola nel maritarla, si facesse gioco della sua parola. Per verità quella costituzione non facendo parte delle compilazioni giustinianee, non à avuto forza di legge nella nostra giurisprudenza antica; ma nondimeno essa à l'autorità che appartiene al buon senso e alla giustizia.

Quel che lo prova si è che il dritto romano medesimo, malgrado le sue prevenzioni contro i patti sulle successioni future, le autorizzava in favor de' soldati, come si scorge dalla l. 19 C. *de pactis*, in cui gl' imperatori Diocleziano e Massimiano mantengono un patto di succedersi a vicenda, che fatto aveano due soldati in battaglia. Del che si allega questa ragione, che la volontà del soldato su ciò che debbe aver luogo dopo di lui relativamente alla sua successione non à bisogno delle forme ordinarie e che à l'autorità d'una specie di decreto, s' egli à persistito fino alla morte.

Ciò posto, perchè mai dalle convenzioni valide fra soldati sarebbero condannate senza distinzione fra privati? Forsechè avvi in tutte le convenzioni sulle successioni future una inevitabile lesione ai costumi e alla giustizia? e non ci à egli de' casi non pochi simili a taluni di quelli che più sopra indicavamo ne' quali sono esse convenzioni utili alla famiglia, anzichè metterne a repentaglio gl' interessi?

A considerare la cosa dal solo lato del dritto

La donazione di beni futuri può esser fatta da qualunque persona, sia o no parente del donatario: il nostro articolo è categorico su questo punto. Tuttavia qui non si tratta de' doni fatti dall' un de' coniugi all'altro: di questi la legge si occupa nel capitolo seguente (art. 1093). Egli è chiaro del resto, che, quando la legge dichiara permessa a chiunque questa donazione, suppone una persona capace di donare. Laonde non potrebbe questa, al pari di ogni altra donazione, esser fatta da un minore (art. 903 e 904-819 e 820), e non potrebbe neppure esser fatta da una moglie non autorizzata (art. 905-821). L' opposta dottrina del Grenier (n. 431 in fine) è un errore palpabile che non potea mancare d'esser rigettato da tutti gli autori, come è difatti.

279. Questa donazione evidentemente non può farsi che per contratto di matrimonio, e si dura fatica a comprendere l' opinione contraria del Toullier (n. 830), sulla quale il Duvergier punto non si pronunzia, ma che gli altri autori ànno egualmente respinta. E di fermo, la è un'attribuzione di dritti su una successione futura, un patto su una successione non aperta; ora essendo un simile patto proibito per principio (art. 1130-1084), il nostro articolo, permettendolo in un caso peculiare, stabilisce dunque un'eccezione al dritto comune, e, siccome un' eccezione non può mai estendersi oltre i suoi termini, è pur forza attenersi al nostro testo, il quale non permette di disporre de'beni, che lasciansi morendo, altrimenti che *per contratto di matrimonio*. Noi avremo più volte a ritornare su quest' idea, che la è una disposizione eccezionale, fuori della quale si ricade nel divieto dell'art. 1130-1084.

280. Il nostro articolo permette la donazione per tutti *o per una parte* de'beni che lascerà morendo il donante. Il Duranton insegna (n. 676) che la legge parla soltanto di una *parte aliquota* e non già di beni donati a titolo particolare: sicchè secondo lui io potrei donare come beni futuri la metà, il terzo, il quarto del mio patrimonio, ma non mica la tal cosa o una somma di danaro. Ma su che si fondi questa decisione, il Duranton non lo dice, e pure sarebbe stato utile di dirlo. Si fonda forse sul significato della parola *parte?* ma la liberalità d' una *parte* de' beni s' intende nella legge indistintamente d' una disposizione a titolo universale od'una a titolo particolare (art. 895, 1048, 1049 ec.) Senza dubbio non sarà più l' antica istituzione contrattuale; ma sarà l'antica donazione a causa di morte, sarà una donazione di beni futuri. Ov' è il testo che re-

naturale o del dritto delle genti, i patti sulle successioni future non possono temersi se non a causa delle disposizioni e de' costumi di certi popoli, come dice benissimo Cuiacio. In fatti son forse riprovati questi patti perchè incagliino la libertà di testare? ma cotesta libertà è ella per avventura senza limiti? o non riconosce ell' opposto de' limiti legittimi, e non è egli tenuto il potere del testatore ad arrestarsi innanzi all' indisponibilità d' una porzione del suo patrimonio? colui che dona, che aliena, che si obbliga, non restringe egli in un dato modo il suo dritto di testare? e in che mai può dolersi il disponente degli ostacoli da lui arrecati volontariamente alla sua potestà?

Si dirà forse che il dono che uno fa con patto circa la sua successione futura possa indurre a far voti criminosi per la morte di colui che l'à promesso? Ma siffatte conseguenze non è nè certa nè necessaria; e la malvagità di taluni uomini non deve impedire che la legge permetta ciò che in se non contiene nulla di contrario all' equità, altrimenti converrebbe eziandio inibire la donazione di tutti i beni con riserva d' usufrutto e altri contratti di simil natura! Tutto ciò è esagerato ed à ragione Zozio di rimandare agli Italiani cotesti chimerici timori « *Ea quae de voto captandae mortis proferuntur, Italiae esse relinquenda* » (a)

Diciamo adunque che nè il dritto naturale nè il dritto delle genti punto si oppongono ai patti *de succedendo* con cui altri si obblighi in certi casi a dare la sua successione, patti chiamati affermativi dagli interpreti in opposizione ai patti negativi, coi quali si rinunzia ad una successione. Senza dubbio ci à de' pericoli e una grande inconseguenza a disporre de' dritti che uno può avere eventualmente nella successione d' un terzo vivente. L' art. 791-708 proibisce simili patti anche ne' contratti di matrimonio ossia nel più favorevole tra i contratti; ma sarebbe altamente irrazionale di trattar con un rigore egualmente assoluto le convenzioni di succedere, le quali non riflettono che la successione futura del disponente.

Epperò una consuetudine antica quanto generale à fatto quasi dappertutto derogare sotto questo ultimo rapporto *fere ubique gentium*, dice il presidente Favre, alle regole del dritto civile romano che annullava qualunque azione intorno all' eredità d' un uomo vivente. Non è già da dire che, eziandio sotto questo punto di vista ristretto, convenga di leggieri schiuder l'adito a tutti i patti *de succedendo*; chè sarebbe passare da un divieto eccessivo a una imprudente facilità. E se non mancano casi in cui simili patti àn de' pericoli e possono divenire una causa di circonvenzioni e di sorprese. Ma quando una persona promette la sua successione per contratto di matrimonio e nell'intento di favorir la creazione d' una famiglia, nulla evvi in ciò che non sia onesto e proficuo al ben pubblico. Per la qual cosa le nazioni moderne àn permesso di donare l' eredità per via di contratti nuziali, *propter dignitatem et amplificationem familiarum*.

(a) In quanto a Zozio, tal sia di lui; ma forte c' incresce di veder accogliere dal N. A., ad onta del suo ordinario senno politico, queste denigrazioni di popoli in massa, sempre ingiustificabili storicamente e folle solo per provocare delle rappresaglie e mantenere o suscitare gli odi fra le nazioni, senza alcun pro, anzi con certo danno della morale e della civiltà!!

Il Traduttore.

stringa questa donazione di beni futuri alla disposizione a titolo universale? . . Il Duranton vuole che ogni donazione d'oggetti particolari sia sempre considerata come donazione di beni presenti: così, quando io ò donato i tali oggetti determinati, perchè il donatario li prenda alla mia morte, è questa, dice egli, una donazione ordinaria che opera lo spropriamento attuale e irrevocabile e contiene soltanto una riserva d'usufrutto pel disponente. Ma in verità ciò non è un trattare la quistione, è un passarvi di fianco. Supponiamo che io abbia detto positivamente: « Vi dono 20,000 fr. *da prenderli sulla mia successione:* » ovvero « Vi dono la mia casa, ma come bene futuro, posto che si trovi più tardi nella mia successione e ch'io non ne abbia disposto a titolo oneroso (art. 1083); in questo caso bisognerà pur confessare che la non è più una donazione di beni presenti; e converrà rispondere nettamente alla quistione di sapere se tal donazione è nulla o valida. Certo il Duranton dirà che è nulla, ma a noi sembra evidente, come al Coin-Delisle (n. 14 a 18) che è perfettamente valida. Senza fallo sarebbe priva d'effetto nei casi ordinari, secondo l'articolo 947, il quale dichiara nulla qualunque donazione di beni futuri, ma sarà validamente fatta a un conjuge col suo contratto di matrimonio, in virtù del nostro art. 1082 e dell'art. 947, il quale dichiara che *l'art. 943 non si applica punto* allo donazioni onde parla il nostro capitolo (1).

II. — 281. Vediamo ora a pro di quali persone può farsi la donazione di beni futuri.

Può farsi 1 a pro d'uno de'coniugi; 2 a pro di entrambi; 3° a pro d'uno di essi o di ambedue e della prole nascitura dal matrimonio.

Può primamente farsi a favore d'un solo dei coniugi, chè se il 1° comma del nostro articolo non parla che *de' coniugi*, il 2° à cura di dir i coniugi *o uno di essi* — Può esser fatta per tutti i figli, nipoti, pronipoti nascituri dal matrimonio; giacchè, se il 1 comma non parla che *de'figli*, il 2° à cura di dire: i figli *e discendenti.* — Ma non può aver luogo pe'discendenti soltanto; è duopo s'indirizzi ai coniugi ed ai discendenti: primamente ai coniugi (o ad uno di essi) e poi alla discendenza; perchè la legge non permette la disposizione a favore de' figli che « nel caso in cui il donante sopravvivesse al *coniuge donatario* ». Sicchè in prima linea bisogna chiamare uno de' coniugi o tutti e due; e soltanto in seconda linea e pel caso in cui questi primi donatari premorissero, è permesso chiamare i loro discendenti: la donazione non può farsi principalmente a questi figli; può soltanto estendersi ad essi in caso di premorienza de' donatari principali.

282. Ma, se è permesso chiamare questi discendenti, non è però obbligatorio; si posson chiamare i genitori o un di loro ed escludere i discendenti. Vero è che questi discendenti son veduti con tanto favore che, se il donante non ne fa motto, la donazione si presume di pieno dritto fatta in lor pro, ma questa non è che una presunzione, la quale pertanto verrebbe meno innanzi a una dichiarazione di opposta volontà. Tutti gli autori erano per avventura concordi su questo punto, allorchè il Coin-Delisle è venuto a sostenere una dottrina contraria (n. 29 a 35)

Egli invoca innanzi tratto il dritto antico. Ma noi abbiamo già veduto, e lo stesso Coin-Delisle riconosce altrove (n. 52) nulla esser-a inferire dall'antico al nuovo dritto su questa materia. Egli soggiunge che questa è una presunzione legale e che quindi niuna prova è ammessa in contrario; ma la legge respinge ogni prova contraria per le sole presunzioni sul cui fondamento pronunzia una nullità (art. 1352) e qui di nullità non è punto quistione. Egli argomenta di poi dalla soppressione di queste parole che terminavano nel progetto il nostro articolo: *se non siasi espresso il contrario* e dall'aggiunzione posticipatamente fatta della parola *solamente*; e ne conchiude che la facoltà di non chiamare i figli, la quale doveva esistere secondo il progetto, è stata tolta, e che i figli dovran sempre venire, malgrado la dichiarazione espressa e categorica del donante che intende donare ai *coniugi soltanto.* Ma se si fosse inteso dare a questa soppressione e massime all'aggiunzione del vocabolo *solamente* cotal senso rigoroso; se si fosse voluto dire che i discendenti sarebbero sempre chiamati malgrado la formale espressione d'una contraria volontà, non si sarebbe potuto dire che la donazione allora *si presumesse* fatta in loro favore, sibbene che fosse fatta (o reputata fatta) in loro favore, non potendosi *presumere* se non ciò che non è espresso; quando il disponente dichiara positivamente di *no*, la legge può ben dire che nondimeno sarà *sì*; ma non può dire che questo *sì* sarà *presunto*. Adunque risulta già dal mantenimento della parola *presunto* che le parole *se il contrario* furon tolte unicamente come inutili e la parola *solamente* fu aggiunta, non pel caso in cui il disponente avesse positivamente dichiarato di donar *soltanto* a' genitori, escludendo così i figli, ma pel caso che avesse *solamente dichiarato* di donare a' genitori, senza far parola de' figli: quando questi figli saranno siffattamente passati sotto silenzio, allora la donazione potrà *presumersi e si presumerà* in effetto fatta in loro favore.

(1) Rig. 1. marzo 1821. Rouen 5 marzo 1831; Rig. 13 luglio 1835 (Dev. 36, 1, 151)

Si appoggia ancora il Coin-Delisle sul motivo che, essendo il nostro articolo tutto eccezionale, sicchè lascia fra le cose vietate quelle che non permette, sia pur forza restar nei termini del primo comma, il quale non autorizza, dice egli, la liberalità che quando s'indirizza, *ed ai coniugi ed ai figli*. L'argomento non è bene scelto; essendo evidente che questo primo comma usa termini i quali non àn nulla d'imperioso e debbono spiegarsi col secondo comma; e chi si attenesse siffattamente al primo comma, direbbe non poter la donazione esser fatta che ai due coniugi simultaneamente e non estendersi che ai figli del primo grado: è il resto dell'articolo il quale ci dice che può farsi ai coniugi *o ad uno di essi* ed ai figli *o altri discendenti*. Parimenti questo secondo comma ci fa comprendere che la donazione, la quale può esser fatta ai coniugi ed ai figli, può esserlo eziandio soltanto ai coniugi. — Il nostro confratello invoca infine l'art. 1089-1043, il quale dice, esser caduca la donazione sol quando il donante sopravviva al donatario *e alla sua posterità*. Ma questo articolo che già non è punto la sede della materia e che non s'occupa punto di dirci a quali persone può esser fatta la donazione, dee necessariamente spiegarsi col nostro e non può prendersi in un senso assoluto e indipendente dalle disposizioni a cui si riferisce. Laonde, benchè parli della posterità in generale e senza restrizione, è certissimo, e il Coin-Delisle riconosce con noi (e con tutti gli autori) non poter essere quistione che della posterità nata dal matrimonio, in considerazione del quale è stata fatta la donazione. Medesimamente non può esser quistione se non della posterità che trovasi chiamata con la dichiarazione o almeno col silenzio del donante, ma non già di quella ch'egli avesse formalmente esclusa.

Cotalchè niuno degli argomenti del Coin-Delisle è concludente; e noi restiamo a fronte di quest'idea, che l'estendimento ai discendenti della donazione fatta solo ai coniugi o ad uno di essi non avendo luogo che per presunzione della volontà del donante, soltanto in caso di silenzio di esso donante è possibile questo estendimento, non mica nel caso d'una formale esclusione... Ed ora ciò che rende impossibile il dubbio si è che il nostro articolo fu dal governo presentato ai legislatori e da questi decretato nel senso che noi vi riconosciamo. Ecco in fatti ciò che dice la sposizione dei motivi al Corpo legislativo: « I donanti *potranno* prevedere il caso in cui il coniuge donatario morisse prima di loro, e in questo caso *estendere* la loro disposizione ai figli nascituri dal matrimonio. *Nel caso in cui i donanti non avran preveduta la loro sopravvivenza*, si presumerà di dritto che la loro intenzione sia stata di disporre non solo a favor del coniuge, ma altresì a favor de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio. » Sicchè, prevedendo il caso della loro sopravvivenza, i donanti *possono* estendere la donazione ai discendenti, ma non vi sono però tenuti, e l'estendimento di pieno dritto non à luogo che quando i donanti *non àn preveduto questo caso della loro sopravvivenza.*

283. Egli è evidente, ad ogni modo, che i discendenti nascituri dal matrimonio, in favor del quale fassi la donazione sono i soli in pro de' quali questa donazione possa essere fatta o presumersi fatta. Dei figli del coniuge d'un altro matrimonio, nascituri o già nati, non potrebbero mai esservi chiamati, neppure con una clausola formale; chè si ricadrebbe per essi nella regola che dichiara nulla ogni donazione di beni futuri (art. 943 - 867). I figli nascituri *dal matrimonio* sono i soli eccettuati dal nostro art. 1082, e il Grenier, il quale avea prima emessa una opposta opinione, à tosto riconosciuto che era insostenibile (n. 421).

III.—284. I figli e discendenti del matrimonio chiamati alla donazione, sia con una clausola formale, sia pel semplice silenzio del disponente, non son punto nè poco dei sostituiti fedecommessarj, e non sono tampoco precisamente de' sostituiti volgari. Non sono de' sostituiti fedecommessarj; attesochè nulla obbliga il coniuge donatario, qualora sopravviva al donante e raccolga la disposizione, di conservare i beni per restituirli poscia ai suoi figli; egli è perfettamente libero di disporne a suo talento. Non sono neppure de' sostituiti volgari, malgrado la dottrina del Demante (II, n. 493); giacchè non son chiamati a raccogliere in tutti i casi in cui venisse a mancare il coniuge, ma soltanto nel caso che questi premorisse al donante. Sicchè, ove questo coniuge sopravviva al donante e ricusi la donazione, i figli non potran raccogliere in voce sua, quandochè un sostituito volgare raccoglierebbe (art. 898 - 936). I figli non potrebbero raccogliere allora, giacchè la legge non permette di chiamarli che pel caso in cui il donante sopravviva, e qui à sopravvivuto il donatario. L'opposta decisione del Duranton (n. 702) è un errore fondato su un manifesto circolo vizioso.

Il dotto professore dice che i figli raccoglieranno nel caso di rinunzia del coniuge; perocchè sono sostituiti volgarmente; ma, per dire che sieno così sostituiti, conviene innanzi tratto supporre che abbiano il dritto di raccogliere in questo caso di rinunzia e in tutti i casi in cui venisse a mancare il coniuge donatario: il Duranton po-

na dunque come principio il punto che è precisamente in quistione. Ecco in due parole la vera dottrina. In principio, la donazione di beni futuri è vietata (art. 943 - 867); il nostro articolo adunque, col permetterla, costituisce un' eccezione che deve, come tutte le eccezioni interpretarsi restrittivamente e non essere estesa oltre i suoi termini. Or questo articolo non la permette pe' figli del coniuge donatario, salvo nel caso in cui questo coniuge premorisse al donante; dunque resta proibita quando gli sopravvive; e per conseguenza non è mica un caso di sostituzione volgare.— Il Duranton insegna che il dritto de' figli si aprirebbe non pure con la rinunzia del coniuge donatario, ma altresì per la sua *indegnità*: quest' idea è ancor più inopportuna dell' altra. E per fermo, non è già questo un caso di successione, è un caso di donazione; ora per le donazioni non evvi altra indegnità che l' ingratitudine; ma precisamente l' art. 959 - 884 dichiara che l' ingratitudine cessa d' essere una causa di rivocazione per le donazioni fatte in favor del matrimonio, non ci à dunque indegnità possibile nella nostra materia.

285. Nel nostro testo non è espresso, ma dee sembrar certo che il Codice, chiamando dopo i figli gli altri discendenti, non li chiama che pel caso di premorienza de' primi, e che, trasmettendo eziandio i beni a tutta la discendenza come se d' una successione si trattasse, intende applicar delle regole analoghe a quelle delle successioni. Così, ove il donatario muoia prima del donante, lasciando insieme figli e nipoti *ex filio*, coloro tra questi nipoti che avessero ancora il padre non potrebbero raccogliere, ancorchè il padre rinunziasse (art. 744 666); coloro il cui padre fosse premorto lo rappresenterebbero per concorrere con gli altri figli loro zii; e se, essendo premorti tutti i figli, non vi fossero che nipoti, concorrerebbero non per capi, ma per istirpi.

IV.— 286. Si è domandato se mai il donante potrebbe dire che si riserva, in caso di premorienza del donatario, di distribuire egli stesso i beni inugualmente ed a sua posta ai costui discendenti, o anche di donarli in totalità a quello fra essi, che vorrà allora designare. Egli è aperto che lo potrebbe; giacchè sarebbe un dir semplicemente che intende riprendere questi beni nel caso di premorienza per farne allora l' uso che gli piacerà, e noi abbiam provato contro il Coin-Delisle che il donante può stipulare questa caducità della donazione per la premorienza del donatario. Soltanto non vi sarebbe allora altro di serio che questa stipulazione di caducità, e la quasi-promessa d' una donazione futura ai figli non avrebbe evidentemente nulla d' obbligatorio.

Ma potrebbe egli del pari effettuire sin da ora quest' attribuzione inguale de' beni ai figli o questa donazione di tutti i beni a un solo, per esempio al primo figlio maschio che nascerà? Certo che no, checchè dir possano il Dalloz (cap. 11 sez. 3) e il Vazeille (p. 5). E per fermo, il nostro articolo, fuori della disposizione del quale si ricadrà sempre nel divieto dell' art. 943, non permette la donazione di beni futuri che *ai figli e discendenti*, in massa, collettivamente e però con dritti ugnali; talchè non si può nè attribuir loro delle parti disuguali, nè chiamarne uno o più ad esclusion degli altri. Sotto la legge del 1826 ben poteva il donante conseguir questo risultato; ma nol poteva punto con una semplice donazione di beni futuri, sì soltanto mercè una sostituzione e gravando il coniuge donatario dell' onere di conservare i beni per restituirli egualmente o inegualmente ad uno o più de' suoi figli.

287. Quanto abbiamo testè detto suppone che si possa sotto il Codice, come un tempo potevasi, fare una sostituzione nella donazione di beni futuri. E infatti, gli articoli 1048, 1049-1003 e 1004 non distinguono onninamente fra le donazioni di beni futuri e quelle di beni presenti; nelle une come nelle altre permettono la sostituzione. Ma si potrebbe egli, come sotto l' antico dritto, far la donazione de' beni futuri, non più coll' obbligo al donatario di conservare per restituire ai suoi figli, ma coll' obbligo di dividere colla tal persona il benefizio della disposizione? . . . La negativa ci sembra evidente; malgrado l' opposta dottrina del Merlin (*Rep.* v° *Ist. contr.*, § 5) e del Vazeille (n.° 11).

Questi autori s' appoggiano sul motivo che quanto non è proibito con un testo di legge è permesso. Ma il testo che si pretende non esistere si trova e nell' art. 1130 - 1084 (che vieta ogni patto su una successione non aperta) e nell' art. 943 - 867 (che vieta le donazioni di beni futuri). A queste proibizioni reca un' eccezione il nostro articolo; ma, siccome quest' eccezione non è relativa che ai coniugi e alla loro discendenza (e per questa, solo in caso di premorienza del primo al donante), non vi autorizza dunque a far partecipare alla disposizione un' altra persona; e pertanto il caso di cui si tratta rimane sotto la regola proibitiva (1).

288. Ma, se in fatto una simile disposizione avesse avuto luogo, qual ne sarebbe per av-

(1) Confr. Delvincourt; Favard, n. 8; Rolland, n. 213; Dalloz, sez. 2 n. 11; *Journal du Pal.*, Rep. cap. 7., sez. 2 § 5.

ventura il risultato? La parte de' beni che il coniuge donatario dovea rimettere all'altra persona e che costei non può prendere secondo ciò che abbiam detto, rientrerebbe forse nella successione del donante, in guisa che la nullità della clausola giovasse ai suoi eredi; ovvero resterebbe al coniuge donatario come compresa nella sua donazione? Generalmente s'inclina alla prima idea, e la ragione che se ne adduce è che, quando una liberalità qualsissi si trova nulla, i beni che n'erano obbietto restano naturalmente nel patrimonio del disponente (1). Noi non possiamo accogliere questo avviso; e pensiamo col Delvincourt e col Dalloz (*ivi*) che i beni rimarranno al coniuge donatario.

E vaglia il vero, comunque l'onere imposto a Pietro di associar Paolo ai beni che gli si donano sia una liberalità a favor di Paolo, questa clausola non è tuttavia una disposizione diretta; è una condizione, un onere, un accessorio d'un'altra disposizione, quella di Pietro: gli è evidente, poichè si è donato *tutto* a Pietro *coll'onere* che faccia partecipar Paolo al suo beneflzio. Ma, s'egli è così, questo caso cade dunque sotto la regola dell'art. 900 - 816, secondo il quale le condizioni o gli oneri illeciti imposti a una liberalità si reputano non iscritti (v. art. 900, III). Così, quando io ò detto: « dono la mia successione a Pietro, a patto che la divida con Paolo, » si cancelleranno le parole *a patto*, e rimarrà la semplice disposizione: « dono la mia successione a Pietro ».

V. — 289. Il donatario di beni futuri, ancorchè chiamato all'universalità del patrimonio, non deve mai pagare i debiti oltre la concorrenza de' beni e non può esservi tenuto *ultra vires*. Ciò è evidente, dacchè quest'obbligazione di pagare i debiti *ultra vires* non esiste che per colui il quale è *erede*, e la disposizione onde qui trattasi, in cambio d'essere come una volta un'*istituzione* d'erede, non è più che una *donazione*.

290. Il beneficiario della disposizione non essendo più erede, ma semplice donatario, e niun testo di legge estendendo ai donatari il favore che l'art. 1006 accorda ai legatari (universali) d'essere investiti con la morte del disponente (quando non vi sono eredi riservatari), ne segue che questo donatario non avrà mai l'investitura e dovrà sempre domandare il rilascio agli eredi del sangue.

1083. [1039]. La donazione nella forma prescritta nel precedente articolo sarà irrevocabile, in questo senso soltanto che il donante non potrà più disporre a titolo gratuito delle cose comprese nella donazione, eccettochè per piccole somme a titolo di ricompense o altrimenti.

291. Colui il quale non promette che la sua successione, il quale dona i suoi beni nel solo caso che si trovino ancora nel suo patrimonio alla sua morte, resta necessariamente libero d'alienare e di obbligare i suoi beni; senonchè, onde la sua donazione non sia derisoria e insignificante, onde produca immediatamente un effetto qualunque e non si confonda con un semplice testamento, gli è interdetto di disporre oramai a titolo gratuito delle cose comprese in questa donazione e soltanto a titolo oneroso ne à ancora la libera disposizione.

Tuttavolta il divieto d'alienare a titolo gratuito non è mica assoluto, e il disponente può ancora far delle liberalità, quando ànno per obbietto delle cose d'un valore modico; non si poteva inibire al donante di fare un'elemosina o di ricompensare un servigio. ... Del resto, non si potrebbe più esigere, come facevano la maggior parte de' nostri antichi autori, che la liberalità fosse fatta per ricompensa o per *opera pia*; avendo la legge detto « a titolo di ricompensa *o altrimenti*, » è chiaro non potersi più ricercare la causa del dono. Tosto che questo dono sarà d'un valore modico (relativamente alla fortuna del disponente), la disposizione sarà valida.

292. Dal dichiarare che fa il Codice di non permettere le disposizioni gratuite se non per *somme* modiche, non bisognerebbe già inferire che queste disposizioni non potessero aver per oggetto che del danaro; egli è ben evidente che la legge intende parlare di *modici valori*, poco monta in che consistano. Ma poichè l'articolo parla di *somme* e altresì degli *oggetti* compresi nella donazione, se ne è conchiuso, e con ragione, che queste liberalità eccezionali non possano aver luogo se non a titolo particolare e non mai per una quota dell'universalità del patrimonio, per debole che sia essa quota (Cass. 23 febb. 1818).

293. È un punto controverso quello di sapere se il donatore di beni futuri potrebbe nella sua disposizione render più severo il divieto di cui lo colpisce la legge, interdicendo a sè stesso con una clausola formale il dritto d'ipotecare o d'alienare a titolo oneroso i beni de' quali il Codice non gli toglie che la gratuita disposizione. Il Duranton (n. 713.) decide che la clausola sarebbe nulla come quella che conterrebbe un patto su una

(1). Grenier, n. 423; Favard, v° *Ist. contr.*; Rolland, v° *Sost.*, n. 243; Duranton IX - 695; *J. du P.* cap. 7, sez. 2.

successione futura fatto all'infuori dell'eccezione ammessa dal nostro articolo. Il Coin-Delisle all'opposto pensa (n. 3) che si dovrebbe riguardar questa clausola come quella che rifletta unicamente i beni presenti; in guisa che costituirebbe la donazione cumulativa di beni presenti e futuri permessa dall'articolo seguente.

Quest'ultima idea dovrà seguirsi ogni qualvolta sarà possibile credere che il donante non abbia inteso interdirsi il dritto di disposizione se non pe' beni presenti. Ma, se la clausola comprende evidentemente i beni futuri come i beni presenti ; se il disponente à formalmente dichiarato di donare tutti i suoi beni presenti e futuri, rinunziando ad alienarne mai alcuno, è bene aperto che la clausola non potrebbe rientrare in veruno de' nostri articoli, e che cadrebbe sotto il principio di nullità dell'art. 1130. Con questa distinzione vuolsi risolvere la quistione che il Duranton e il Coin-Delisle àn torto di decidere in un modo assoluto.

1084. [1040]. La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente di beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di unire all'atto di donazione uno stato de' debiti e pesi del donante, esistenti al giorno della donazione ; nel qual caso sarà nella facoltà del donatario, in tempo della morte del donante, di ritenersi i beni presenti, rinunciando al di più dei beni del donante (1).

1085. [1041]. Se lo stato di cui si è parlato nel precedente articolo, non fu unito all'atto di donazione dei beni presenti e futuri, il donatario sarà tenuto di accettare o di rinunziare interamente la donazione. In caso di accettazione non potrà pretendere se non i beni che si troveranno esistenti in tempo della morte del donante, e sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditati (2).

SOMMARIO.

I. Donazione cumulativa de' beni presenti e futuri. — È una donazione di beni futuri, che il donatario può trasformare alla morte del donante in donazione de' beni presenti.
II. Effetti di questa specie di liberalità. — Il donatario non è mai investito il dì della donazione.
III. La disposizione non può trasformarsi in donazione de' beni presenti se non mercè uno stato de' debiti presenti ; e non può riflettere come tale i mobili senza uno stato di questa specie di beni. — Osservazione circa i debiti.
IV. I figli del matrimonio, in caso di premorienza del coniuge donatario, vengono alla donazione *proprio jure* e senza costituirsi eredi del coniuge, neppure in quanto ai beni presenti.

I. - 294 (3). La disposizione di cui parlano questi due articoli (immaginata un tempo di perturbazione nelle famiglie, di pentimento e di rammarico pel donatore, ma altresì come una violazione della regola che chi dona non dee poter impedire l'effetto della sua liberalità. L'ordinanza del 1731, la quale, ancor più del Codice Napoleone, avea prescritto le donazioni di beni presenti e futuri, le aveva autorizzate ne' contratti di matrimonio, come anche avean fatto espressamente talune consuetudini. Questo esempio à voluto seguire il Codice, e il favore pei matrimoni, che è pur tanto ne' nostri costumi, spiega abbastanza una simile eccezione.

Ma qual è il vero carattere della donazione universale, siffattamente legittimata ne' contratti di matrimonio? questa quistione è la più grave che presenti il commento del nostro articolo. Per risolverla, convien seguire le vicissitudini che un tal genere di liberalità à subite fino al dì d'oggi; fa duopo studiare i punti di veduta sì diversi, dai quali ànnola risguardata i giureconsulti; interessante, indispensabile indagine, a cui ci accingiamo.

Risalendo più alto che sia possibile, si trova che quattro sistemi sonosi prodotti sulla fisonomia della donazione universale di beni presenti e futuri e che tutti ànno avuto saldi caldeggiatori e numeroso corteggio d'imponenti autorità.

Un primo sistema considerava la donazione di beni presenti e futuri come una donazione fra vivi propriamente detta, che rendeva il donatario issofatto proprietario de' beni che possedeva il donante e nell'avvenire proprietario de' beni che il

(1 e 2) Questi articoli sono conformi. *Il Trad.*

(3) Intorno alla donazione di beni presenti e futuri così si esprime il Troplong, n. 2382 e 2383 :

Dopo aver parlato delle donazioni di beni presenti fatte ai coniugi per contratto di matrimonio e della istituzione contrattuale o dono di successione, si occupa il Codice di un terzo ordine di disposizione, cioè della donazione universale di beni presenti e futuri, che un terzo può fare ad uno degli sposi o ad entrambi col loro contratto antenuziale. A tal subbietto è consacrato l'art. 1084. Esso è assolutamente conforme all'art. 17 dell'ordinanza del 1731, tranne solo che esige inoltre l'annessione d'uno stato de' debiti e pesi, destinato a segnar la linea che separa l'attivo presente dall'attivo eventuale.

Siccome le donazioni per contratto di matrimonio sono le più favorevoli, e si è cercato dar loro tutta la possibile latitudine, affin d'incoraggiare i cittadini all'unione coniugale mercè delle liberalità che diano alla famiglia maggior dignità e agiatezza, non si è veduto inconveniente ad ammettere in favore di futuri coniugi le donazioni universali di beni presenti e futuri, tuttochè siano proibite in ogni altra materia dal dritto comune. Egli è risaputo che la massima *donner et retenir ne vaut* non à luogo nelle donazioni per contratto di matrimonio, nelle quali alla liberalità tra vivi vengono a mescolarsi certi caratteri testamentari. Non si ledono pertanto in niuna guisa i principî che negli altri casi àn fatto rigettare la donazione universale non pur come una fonte

po nei nostri paesi consuetudinari e consacrata dall' ordinanza del 1731, in cui l' anno attinta i redattori del Codice) non è nè una donazione di beni presenti nè una semplice donazione di beni futuri nè una riunione di entrambe ; è , come dice la legge , una donazione cumulativa de' beni presenti e futuri ; è una donazione unica, ma che pure à per obbietto ad un' ora i beni attuali in qualità di beni presenti (come nelle donazioni ordinarie) e i beni considerati in quanto esisteranno ancora alla morte (come nell' art. 1082 - 1038).

Infatti ciò che distingue questa donazione di beni presenti e futuri dalla donazione pura di beni futuri si è, giusta l' ultima parte del nostro art. 1084, che il donatario à la scelta, alla morte del donante, o di prendere l' insieme de' beni allora restanti, come se si trattasse d' una pura donazione di beni futuri, o di reclamar soltanto i beni che esistevano al momento del contratto, abbandonando il resto della successione, come farebbe in virtù d' una donazione ordinaria di beni presenti.

Risulta dunque da questo art. 1084 che la disposizione chiamata *donazione cumulativa di beni presenti e futuri si trova essere una donazione di beni futuri* contenente facoltà pel donatario di trasformarla, alla morte del donante, in *una donazione ordinaria dei beni che esistevano il dì del contratto*. Questo principio basta per far comprendere a chi la detta donazione possa farsi e quali abbiano ad esserne gli effetti.

II. — 295. È una donazione di beni futuri. Dunque può farsi non solo ad uno dei coniugi o ad entrambi, ma ancora ai figli e discendenti nascituri dal matrimonio ; anzi si presume di pieno dritto fatta a favore di questi discendenti pel caso di sopravvivenza del donante ai coniugi donatari , se esso donante non abbia espresso il contrario (art. 1082 - 1838). Se ne vede la prova nell'art. 1089 - 1044 , il quale annovera questa donazione fra quelle che divengono caduche unicamente per la sopravvivenza del donante ai coniugi *e alla loro prole*. Trovasi del pari nell' art. 1093 - 1048 , il quale dichiara che questa donazione , come quella dei beni futuri , cessa d' essere estensibile ai figli quando è fatta da un coniuge all'altro.

È una donazione di beni futuri; e, quando il donatario , alla morte del donante, l'accetta per intero , rimane donazione di beni futuri. Dunque in questo caso il donatario è tenuto a rispettare le alienazioni quali che sieno che il donante abbia potuto fare a titolo oneroso , e contentarsi di quel che rimane dei beni ; non può insorgere contro le alienazioni gratuite che non avessero per obbietto cose particolari e di modico valore (art.1083-1039).

All' incontro la disposizione si trasforma in donazione ordinaria di beni presenti , allorchè il donatario, alla morte del disponente, dichiara di attenersi a questi beni presenti. Dunque il donatario potrà in tal caso levarsi contro le alienazioni , anche a titolo oneroso , che il donante avesse fatte di questi beni presenti , ossia de' beni che esistevano al momento che fu fatta la donazione; purchè però abbia avuto cura di far trascrivere la sua donazione ; giacchè questa trascrizione è necessaria , essendo allora la sua una donazione di beni presenti (art. 939-863).

296. Ad ogni modo, è manifesto che in niun caso può il donatario pretendersi investito dei beni presenti fin dal giorno della donazione e vivente il donatore ; stantechè la disposizione non è attualmente donazione di beni presenti , ma può solo divenirlo con la rinunzia che farà più tardi il donatario , se lo stimi opportuno , al rimanente de' beni. Mercè questa rinunzia solamente la disposizione si trasforma in donazione di beni presenti ; or questa rinunzia non può farsi che dopo la morte del disponente. In altri termini, se è vero che la disposizione contiene virtualmente e condizionalmente una donazione di beni presenti , è aperto che questa donazione esiste sotto la condizione (sospensiva) che il donatario riuunzierà al dippiù de'beni dopo la morte del disponente; non può dunque

donante potesse avere , a misura che gli acquistasse.

Giusta una seconda opinione ; la donazione di beni presenti e futuri era una donazione a causa di morte, la quale non attribuiva al donatario se non un dritto sulla successione del donante.

Un terzo sistema vedeva in essa due donazioni distinte : l' una de' beni presenti , che aveva un effetto attuale e irrevocabile ; l' altra de' beni futuri, il cui effetto era differito sino alla morte del donante e che s' applicava soltanto ai beni che il donante avesse a quell' epoca.

In fine un quarto sistema , combinando le due ultime opinioni, considerava la donazione di beni presenti e futuri come una donazione che formava originariamente un sol tutto e che nondimeno conservava alcun che d' incerto fino alla morte del donante , momento in cui potea subire una trasformazione e assumere un novello carattere per la volontà del donatario , il quale poteva o accettarla per intero e senza divisione, ovvero attenersi ai soli beni presenti. Accettata puramente e semplicemente , rientrava nelle idee difese dal terzo sistema; ridotta mercè l'azione e la divisione del donatario ai beni presenti , partecipava della natura che venivale assegnata dal secondo sistema.

Il Codice Napoleone à creato un quinto sistema che molto si approssima a quest' ultimo.

produrre verun effetto sinchè non sia adempiuta questa condizione. Perchè altrimenti fosse, converrebbe che il donante, come è pure suo dritto, avesse fatto due distinte donazioni: l' una de' beni presenti, l' altra de' futuri, ma più non sarebbe il caso del nostro articolo, e, benchè il tutto fosse fatto con un sol atto, vi sarebbero due donazioni (ciascuna delle quali sarebbe separatamente sottomessa alle regole che le son proprie) e non già la donazione unica e speciale che il Codice permette di fare cumulativamente de' beni presenti e futuri.

Son dunque caduti nell' errore Delvincourt e Grenier (n.° 434), quando àn detto che la disposizione del nostro articolo contenga in certa guisa due donazioni, l' una delle quali investe immediatamente il donatario de' beni presenti, in modo ch' egli può disporne fin d' ora e li trasmette a' suoi eredi, qualora premuoia al donante. Si è veduto che una sola donazione ci à e che, se questa donazione si trova diffinitivamente essere una donazione di beni presenti, ciò accade più tardi, coll' avverarsi della condizione che ne sospendeva l'effetto, ossia con la rinunzia del donatario al dippiù de' beni del donante. Epperò il Grenier à ritrattata questa dottrina della sua prima edizione.

III. — 297. Ma, onde colui che à donati simultaneamente i beni presenti e i futuri (sia per l' intero, sia soltanto per una parte) possa trasformare la liberalità in donazione ordinaria de' beni presenti, è d' uopo siasi inserito nell' atto o annessovi uno stato de' debiti, di cui il donante era gravato al momento che faceva la donazione, perchè il donatario non prenda i beni esistenti al dì della donazione senza pagar i debiti che li gravavano. Se un tale stato non vi sia, la disposizione, giusta il nostro art. 1085, resterà semplice donazione di beni futuri e dovrà esser accettata o ripudiata per l' intero.

Ancora, il donatario che vuole assicurar il suo diritto eventuale di prendere più tardi i beni presenti, non dee contentarsi di far compilare questo stato de' debiti, dee far compilare altresì uno stato de'beni mobili. Perocchè, mancando questo stato, la donazione (come donazione di beni presenti) non potrebbe valere che per gl' immobili; sarebbe nulla pei mobili a' termini dell' art. 948; e solo accettando la liberalità per l' intero, cioè come semplice donazione di beni futuri, il donatario avrebbe dritto a' mobili.

298. Lo stato voluto dal nostro articolo ben prova che, nel concetto della legge ogni donazione universale o a titolo universale obbliga di pieno dritto il donatario a pagare i debiti in proporzione de' beni che prende. Il che è evidente, giacchè il Codice non permette mai al donatario di tenersi a' beni presenti che mercè lo stato de' debiti presenti, senza distinguere se esista o no una clausola formale che ad essi debiti lo sottoponga.

Basterebbero adunque i nostri articoli per rovesciar la teorica di Toullier (V. 817) e di Coin-Delisle (art. 945, n. 7 a 12), i quali pretendono che la donazione, anche universale, di beni presenti, mai non obblighi di pieno dritto al pagamento de' debiti del donante. Dicono essi che la legge è muta su tal punto. Ma primamente non risulta questa regola dalla natura stessa delle cose? quando io vi dono immediatamente tutta la mia fortuna, tutt' i miei beni, non è chiaro che ciò significa *tutto il mio attivo, meno il passivo?* La fortuna d'una persona è ciò che rimane dopo la deduzione de'suoi debiti; *non sunt bona, nisi deducto aere alieno*. Ed ora questa regola di ragione non emerge essa da' nostri art. 1084 e 1085? . . . Ma già questo pensiero della legge fu formalmente proclamato nel Tribunato (Fenet, XII, p. 599) (1).

Non accade dire, per altro, che il donatario (o si attenga a' beni presenti, o prenda come beni futuri l' oggetto intero della liberalità) non paga i debiti (dal dì della donazione nel primo caso, dal dì della morte nel secondo) che in proporzione della parte di beni che prende: se ne prende un quarto o un terzo, paga un quarto o un terzo de' debiti; li paga per intero, se prende tutt' i beni. Ma beninteso non pagherà questi debiti che fino a concorrenza del valor de' beni e non *ultra vires*, postochè in tutt' i casi è semplice donatario, non mai continuatore della persona.

Essendo così tenuto a' debiti il donatario, i creditori del defunto potranno dunque agire contro di lui. Ma saran liberi altresì di rivolgersi agli eredi del donante, chè non à questi potuto astringerli ad accettare in vece sua per debitore il donatario: gli eredi sarebbon dunque tenuti a pagare, salvo, beninteso, il loro regresso contro il donatario.

300. Un' altra osservazione, che importa qui presentare, e di cui facilmente si comprende la giustezza, si è, che il donatario de' beni presenti e futuri non potendo tenersi a' beni presenti se non a condizione di pagar i debiti di questi beni, e non essendogli la donazione stata fatta, secondo la natura delle cose, che dell' attivo meno il passivo, ne segue che, se il disponente avesse prima di morire saldati tutti o in parte i debiti che aveva il dì della disposizione e che son indicati dallo stato, egli si troverebbe aver pagato per conto del donatario, e questi non potrebbe prendere i beni pre-

(1) V. il nostro comento dell' art. 1626, VII.

senti se non tenendo conto alla successione delle somme state pagate.

VII. 301. Un ultimo punto ci rimane da esaminare su questa donazione di beni presenti e futuri, ed è di sapere se, in caso di morte del coniuge donatario prima del donante, i figli del matrimonio (supponendo beninteso che non sieno formalmente esclusi) possano alla morte del donante operar la trasformazione della disposizione in donazione di beni presenti, venendo in nome proprio e pel loro esclusivo vantaggio, o (se nol possano che costituendosi eredi del coniuge premorto) prendendo la donazione di beni presenti come un elemento dell' eredità, epperò dividendola cogli altri eredi che il coniuge defunto potesse aver lasciati (de' figli d' un altro letto) o coi legatari universali o a titolo universale.

Ecco cosa si può dire per sostener quest'ultima idea:

Quando i figli dichiarano di attenersi a' beni che esistevano il dì della disposizione, questa disposizione diviene siffattamente donazione ordinaria di beni presenti, e quindi si trova (per l' effetto retroattivo della condizione da cui dipendeva) aver investito immediate il donatario lo stesso dì della confezione dell' atto. Ma, s' egli è così, è stato dunque investito questo donatario dal dì dell' atto, ossia il coniuge oggi premorto; egli si trova essere stato fin dall' origine il proprietario dei beni donati. Precisamente perchè dal giorno stesso della donazione il donatario primitivo è stato proprietario, il donante non à potuto consentir dipoi verun' alienazione, neppure a titolo oneroso. Ma, poichè il coniuge oggi trapassato si trova essere stato il proprietario de' beni, questi beni fan dunque parte della sua successione, e per conseguenza i figli del matrimonio non posson prenderli senz'accettare questa successione e debbon dividerli cogli altri suoi successori, se ne à.

302. Questa teorica è pure speciosa, ma non è mica quella del legislatore.

La legge, consacrando implicitamente l' idea, che la donazione di beni presenti e futuri diviene donazione di beni presenti per l' azione del donatario, à necessariamente inteso metter questa regola in armonia con le altre regole di tale specie di liberalità; questo principio non deve assorbire gli altri principi della materia, ma combinarsi con essi... Or tosto che i discendenti dal matrimonio son fatti donatari pel caso della premorienza del coniuge, a questo titolo di donatari adunque e per loro proprio diritto raccoglier debbono i beni. Poichè il dritto, eziandio in quanto a' beni presenti, mai non può aprirsi che con la morte del donante; poichè la liberalità non è offerta che al donatario superstite ad esso donante e riman caduca per chiunque altro, la proprietà non può dunque esser appartenuta, neppur retroattivamente, al coniuge premorto, cui appunto la sua premorienza rende estraneo alla disposizione... Senza fallo convien riconoscere che, nella teorica della legge e per l'effetto dell' azione del donatario pe' beni presenti, il donante è stato, dal giorno stesso della donazione, nella impossibilità d'alienare questi beni presenti. Ma non è indispensabile, per ispiegar questo effetto, d'ammettere che, a partire da quel giorno, la proprietà de' beni si sia ritirata dal donante per passar sul capo del donatario; basta dire che questo donante, pur restando proprietario, fino alla sua morte, è stato sottomesso all' obbligazione legale di conservar i beni al donatario che gli sopravvivesse, al divieto assoluto d' alienare, come è un gravato di restituzione, come è un donante di beni futuri per le alienazioni gratuite.

Adunque come donatari e *proprio jure*, non già come eredi del coniuge verranno i figli del matrimonio, in caso di premorienza di questo coniuge, a raccoglier la liberalità, eziandio come donazione di beni presenti.

1086. [T]. La donazione fatta per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri dal loro matrimonio potrà ancora essere fatta, sotto condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della successione del donante o sotto altre condizioni la cui esecuzione dipendesse dalla sua volontà, qualunque sia la persona da cui viene fatta la donazione, il donatario sarà tenuto di adempire a tali condizioni, se egli non voglia piuttosto rinunciare alla donazione. Nel caso poi che il donante per contratto di matrimonio abbiasi riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione de' suoi beni presenti o di una determinata somma da prendere su questi stessi beni, e muoia senza averne disposto, una tal cosa o somma si reputeranno comprese nella donazione, ed apparterranno al donatario o ai suoi eredi (1).

(1) Questo articolo fu tolto nella riforma fatta del Codice francese nel 1819; ma in verità non è agevole dirne il perchè. Potrebbe dirsi di fermo che i precedenti articoli avean già fatto parola dalla donazione de' beni futuri la quale trae seco di necessità l' obbligazione di soddisfare tutt'i debiti e pesi, nonchè della facoltà concessa all'erede, ove nella donazione siensi cumulati beni presenti a beni futuri, di accettar tutto o tutto rinunziare. Ma *quid* nel caso che contempla l' art

SOMMARIO.

I. Derogazione, già annunziata dall' art. 947, alla regola *donner et retenir ne vaut*.
II. Il raggaaglio di questo articolo cogli art. 1081 e 1089 fa oascere due gravi difficoltà.
III. Soluzione della 1. difficoltà. L' articolo s' applica alle donazioni di beni presenti come alle altre; e queste donazioni possono, ne' casi ch' esso prevede, estendersi a' figli nascituri.
IV. Soluzione della seconda difficoltà. Le parole *o ai suoi eredi* debbono esser mantenute nell' articolo mediante una distinzione che bisogna sottintendere nell' art. 1089.
V. Differenza tra la riserva del dritto di disporre d'un oggetto e la riserva o ritenzione dell' oggetto medesimo. Errore del Vazeille.

I. — 303. Questo articolo, per favore verso il contratto di matrimonio, affranca le donazioni che in esso fannosi dalla regola, sì rigorosa per le donazioni ordinarie, *donner et retenir ne vaut*. In principio, una donazione è nulla quando il donante stipula, nel farla, un mezzo qualunque di renderla senza effetto. Qui per contra una simile stipulazione non nocerà punto alla validità della disposizione; e malgrado il mezzo che il disponente aveva di renderla senz' effetto, ai eseguirà, s' egli non à usato cotal mezzo.

Pertanto, comechè il donante abbia sottomesso il suo donatario ad eseguire degli oneri che esso donante è libero di creare o d'aumentare, a pagar per esempio tutt' i debiti che ci potrà fare, la donazione, nulla in ogni altra congiuntura (art. 945 - 869), sarà qui valida; e il donatario prenderà i beni, pagando, beninteso, I debiti. Soltanto, siccome il disponente potrebbe crear degli oneri la cui importanza eccedesse quella de' beni, il nostro articolo riserva al donatario il dritto di francarsene, rinunziando alla disposizione.

Così ancora, sebbene ogni donazione sottomessa ad una condizione dipendente dalla volontà del donante sia d'ordinario completamente nulla (art. 944 - 868), qui produrrà il suo effetto, se la condizione si compia. Ma si è veduto (art. 944, n. I) non doversi confondere la condizione dipendente dalla volontà d'una persona con quella che sta nel suo capriccio e nella sua fantasia e della quale parla l' articolo 1174 - 1127. Io ben posso nel vostro contratto nuziale donarvi sotto una di queste condizioni: « se io mi mariterò in quest' anno; » « se farò fare la tale costruzione; o « se vi torrò il posto che occupate in casa mia; » ma farei un atto evidentemente nullo » donandovi sotto una di queste condizioni: « Se mi piacerà; » « se lo vorrò; » « se mi vi determinerò; » « se di qui a un anno non muterò idea. » In questo secondo caso, non solamente sarebbe nullo un atto come donazione, come violazione del principio *donner et retenir ne vaut* e per virtù dell'art. 944 - 868; ma lo sarebbe per l' art. 1174 - 1127, pel manco assoluto di legame e per applicazione d' una regola, la quale riflette gli atti onerosi non meno che le donazioni. Il nostro articolo fa eccezione all' art. 944 - 868 e non all' art. 1174 - 1127; giacchè alla regola di quest' ultimo non àvvi eccezione possibile.

Infine, benchè la facoltà che si riserva un donante di disporre ulteriormente dell' oggetto che dona renda sempre nulla la donazione, talchè quest' oggetto, quando il donatario muore senza averne disposto, appartiene agli eredi legittimi di esso donante e non già al donatario (art. 946 - 870), qui questa riserva non nocerà punto alla donazione. Se dunque il donante muore senz' aver ritirato l' oggetto, quest' oggetto rimarrà proprietà del donatario, o de' suoi eredi, se il donatario sia morto prima del donante.

Questa derogazione agli art. 944, 945 e 946 - 868, 869 a 870, come quella che arrecano all' art. 944 - 868 gli art. 1082 a 1084 - 1038 a 1040, ci era già stata annunziata dal-l' art. 947 - 871.

II. — 304. Le prime parole del nostro articolo, e le ultime alla lor volta, fan nascere due difficoltà, sulla soluzione delle quali non son punto d'accordo gli interpreti.

1. — L' articolo sembra dire innanzi tratto che le derogazioni ch' esso autorizza alla regola *donner et retenir ne vaut* non son permesse che per le donazioni fatte *a' coniugi ed a' figli nascituri*. Or l'art. 1081 - 1037 dichiara che la donazione di beni presenti non può aver luogo, neppure in contratto di matrimonio a favor dei figli nascituri; donde parrebbe risultare che il beneficio concesso dal nostro articolo non si applichi punto a siffatte donazioni di beni presenti. Ma da un' altra banda l' articolo parla di un donante che si riserva di disporre d' un oggetto compreso in una donazione *di questi beni presenti*... Come spiegare questa contradizione ? 2.° La fine dell'articolo dice che, se il donante muoia senz' aver disposto dell' oggetto riservato, quest' oggetto rimarrà al donatario o *a' suoi eredi*; ch'è quanto dire che questi eredi, quali che sieno, (ascendenti o collaterali nonchè discendenti),

1086, della riserva d' oo oggetto compreso oella dooazione per causa di matrimonio e di cui il donante non avesse ponto disposto ? Si dirà forse che soppresso nelle LL. CC. l' art. 1086, il quale chiaramente fa eccezione all' art. 946, si debba stare alla regola io quest' ultimo stabilita e adottata oel corrispondente nostro art. 870 ? Ma osta l'art. 871, che esclude da siffatta disposizione le donazioni per cootratto di matrimonio. Resta dooqoe una qoistiooe, che i magistrati risolveranoo secondo il loro criterio particolare. *Il Trad.*

serberanno l' oggetto, se lo ànno essi alla morte del disponente, se, in altri termini, alla costui morte sia già trapassato il donatario. Ma come spiegare che degli eredi ascendenti o collaterali del donatario possono avere il bene, malgrado la sopravvivenza del donante a questo donatario, quando l' art. 1089 - 1044 dichiara che tale sopravvivenza rende caduche le donazioni di cui parla il nostro art. 1084 - 1040 ?

III. — 305. La prima difficoltà si spiega, secondo noi, assai facilmente.

Il nostro articolo ci dice che « la donazione per contratto nuziale in favor dei coniugi e de' figli nascituri potrà ancora farsi sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante; » — or con ciò non si è voluto dire soltanto che « la donazione, quando s'indirizza ai coniugi ed ai figli nascituri, potrà farsi sotto condizioni dipendenti... » ma altresì che « la donazione estensibile dai coniugi ai loro figli nascituri può aver luogo allorchè si fa sotto condizioni dipendenti.... » In altri termini, lo scopo di questa prima parte dell' articolo non è già di farsi sapere solamente che la donazione può farsi sotto le tali condizioni quando si estende ai figli; ma eziandio che si può estendere ai figli, allorchè è fatta sotto le dette condizioni. Ciò che ben prova questa verità si è che l' art. 18 dell' ordinanza del 1731 dal quale fu attinta la disposizione del nostro artic. 1086-T., era così formolato: « Intendiamo che *le donazioni di beni presenti fatte a condizione* di pagare indistintamente i debiti e pesi..... ; o sotto altre condizioni la cui esecuzione dipendesse...., *possano aver luogo* nei contratti di matrimonio, *in favor de' coniugi e de' loro discendenti*, da qualunque persona.... » (il resto come nel nostro articolo). Paragonando col nostro l' articolo dell' ordinanza, si riconosce esser l' uno interamente copiato sull' altro, salvo che si è voluto esprimere la prima parte più brevemente: or si è veduto questa prima parte dichiarare che *le donazioni di beni presenti*, fatte sotto condizioni potestative pel donante, *potrebbero aver luogo, in favor de' coniugi e de' loro discendenti.*

306. Gli art. 1081 , 1082 , 1084, 1086 - 1037, 1038, 1040, T. si riassumono dunque così. Per principio la donazione tra vivi non può farsi in favor d'una persona non ancora concepita (art. 906-822) e per conseguenza la donazione fatta a de' coniugi col loro contratto nuziale non può estendersi ai loro figli nascituri (art. 1081-1037) ; ma , potendo questa donazione aver per obbietto i beni futuri (1082-3038) o i beni presenti e futuri (1084-1040) o dipendere da condizioni potestative pel donante (1086 — T.), potrà in questi tre casi esser fatta pe' figli nascituri dal matrimonio nel tempo stesso che pei coniugi.

Pertanto , allorchè la donazione di beni presenti è fatta puramente e semplicemente, ovvero la condizione a cui è sottomessa è indipendente dalla volontà del donante , è il caso dell' art. 1081-1037 e la donazione non può esser fatta che ai coniugi. Se per contra la donazione è fatta sotto una condizione dipendente dalla volontà del disponente, è il caso del nostro articolo e la disposizione può abbracciare i discendenti dal matrimonio ; anzi si dee dire, per analogia dell' articolo 1084-1040, che li abbraccia di pieno dritto , se non sia espresso l' opposto. — E di fermo , quando la donazione di beni presenti si trova sospesa per una condizione potestativa pel donante , questi è dunque libero di non darle effetto ; di guisa che questa donazione, potendo così restare incerta fino alla morte del suo autore , si appressa sotto questo rapporto alla donazione di beni futuri, e perciò senza dubbio la legge à permesso di chiamarvi i figli pel caso in cui i coniugi donatari muoiono prima del donante e prima d'aver raccolta la liberalità. Noi non parliamo che delle condizioni le quali sospendono le donazioni,delle condizioni sospensive; chè nel caso di condizioni risolutive è chiaro che non vi sarebbe da chiamare i figli per raccogliere in luogo del coniuge premorto , dacchè la premorienza di questo coniuge (come si vedrà dal numero seguente e dall' art. 1089-1044) non renderebbe caduca la donazione ; ma farebbe passar l' oggetto agli eredi quali che sieno del donatario.

IV. — 307. La seconda difficoltà è sembrata ancor più grande , e la maggior parte degl' interpreti la riguarda come una sorta di nodo gordiano , cui bisogna rinunziar a sciogliere e ch' essi troncano , dicendo che le parole *o a' suoi eredi* furono per errore copiate nell' art. 18 dell' ordinanza, e che non vuolsi tenerne verun conto. — Noi non possiam venire in questa idea ; e le dette parole, anzichè parerci inesplicabili, non sono agli occhi nostri che l' espressione d' una regola perfettamente consona a' principi.

Vedremo , in ispiegando l' art. 1089 , che la caducità ond' esso parla non coglie punto tutte le donazioni che permette il nostro articolo... Le condizioni, potestative pel disponente, che quì la legge autorizza, saranno ora sospensive or risolutive. Ma noi vedremo che, se la caducità è possibile nel caso delle prime (perchè, essendo allora sospeso l' effetto della donazione , il donatario può morire prima che questo effetto sia prodotto, prima

degli sposi a' termini degli articoli 1082, 1084 e 1086 qui sopra enunciati, diverran caduche se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua discendenza (1).

SOMMARIO.

I. Redazione viziosa dell'articolo.
II. La caducità non colpisce tutte le donazioni prevedute dall'art. 1086.
III. Nel dubbio non incomberebbe ai rappresentanti del donante provar la sua sopravvivenza, ma ai loro avversari stabilire la sua premorienza.

I. — 312. La redazione trascurata e troppo poco esplicita di questa disposizione lascia sottintese tre idee che bisogna aggiungervi. 1.° L' articolo à torto di non parlare che delle donazioni fatte *ad un de coniugi*, poichè trattasi evidentemente di quelle che s'indirizzano, sia ai coniugi entrambi, sia ad un di essi (art.1082-1038); 2.° esso è del pari troppo laconico, quando sottomette in termini assoluti la caducità della donazione alla premorienza *della prole* del donatario; chè primamente non può esser quistione di tutta la prole, ma solo di quella nata dal matrimonio in favor del quale si è fatta la donazione, siccome provano gli art. 1082 e 1083-1038 e 1039; o di poi la caducità à luogo eziandio malgrado l' esistenza d'una prole nata dal matrimonio quando questa sia stata formalmente esclusa dal benefizio della disposizione (art.1082, n.° II); 3.° infine è egualmente troppo assoluto allorchè parla generalmente delle donazioni fatte nei termini degli art.1082, 1084 e 1086-1038, 1040; giacchè ve ne à talune per le quali la caducità si trova impossibile per la forza stessa delle cose. — Noi dobbiamo insistere su quest' ultima proposizione, sebbene abbia già ricevuto qualche sviluppo sotto l' art. 1086, n.° IV.

II. — 313. Disposizione caduca è unicamente quella che abortisce, che si trova nata morta, che cade o si annichila innanzi d' aver potuto produrre il suo effetto. Adunque, essendo ogni liberalità esclusivamente personale a colui o a coloro cui s' indirizza, e non potendo trasmettersi ai rappresentanti del beneficiario che quando questi l'à raccolta, è chiaro che vi sarà caducità ogni qualvolta questi morrà prima d'essere stato investito del dritto: su questo principio fondasi la caducità pronunziata dal nostro articolo. Ma è manifesto che la morte del beneficiario non produrrà più la caducità, sibbene al contrario la trasmissione del dritto ai suoi rappresentanti, allorchè questo dritto si sarà aperto per lui ed egli sarà morto investito del benefizio.

Ciò posto, è agevole comprendere che la sopravvivenza del donante al donatario (o ai donatari) produrrà la caducità sempre per le donazioni prevedute dagli articoli 1082, 1084-1038 e 1040; ma che all' opposto la produrrà qualche volta soltanto per le donazioni dell' art. 1086-T.

314. La formola delle donazioni dell' art. 1082-1038 è la seguente: « Dono a voi soltanto, ovvero a voi ed altresì (pel caso che moriste prima di me) alla prole che nascerà dal vostro matrimonio, i beni che lascerò morendo, o la tal frazione di questi beni, o il tale oggetto, se ancora si troverà nel mio patrimonio quando morirò, o finalmente la tal somma da prendersi alla stessa epoca sulla mia successione. » Tale è la donazione de'beni futuri, la quale conferisce, non un dritto attuale, ma una semplice speranza, un dritto eventuale, il quale non si attuerà, non si aprirà, o non potrà investire il donatario, fuorchè alla morte del disponente. Ciò essendo, è ben evidente che, se la morte dell' unico donatario (quando si è esclusa la prole proveniente dal matrimonio o quando non ve ne à) o la morte de' diversi donatari avvenga prima della morte del donante, prima che i beneficiari sieno stati investiti, prima che il dritto siasi aperto, è manifesto che la successione è caduca. — Ora nell' art. 1084-1040 la disposizione in sostanza non è ancora (salvo una trasformazione possibile solo dopo la morte del disponente) che una donazione di beni futuri, epperò il risultato è lo stesso. Certo il donatario à qui il dritto di cambiar la disposizione in una donazione di beni presenti; o questa facoltà appunto distingue cotale donazione dalla donazione pura di beni futuri. Ma, non potendo questa facoltà di trasformazione essere esercitata che *dal donatario e dopo la morte del donante*, è ben aperto che, quando questo donatario più non esiste nel momento che muore il donante, la trasformazione resta impossibile; la disposizione adunque si trova non essere e non esser mai stata altro che una donazione di beni futuri, onde rientra nell'art. 1082-1038 e rimane pel tutto sottomessa a ciò che abbiam detto.

315. Sicchè, per le donazioni degli articoli 1082 e 1084-1038 e 1040, la caducità avrà luogo sempre e in tutti i casi possibili, ma gli è altrimenti per quelle dell' art. 1086-T. Infatti le condizioni potestative che questo articolo autorizza saranno ora sospensiva ed ora risolutive; ma la caducità non sarà possibile nel caso di condizioni risolutiva. Quando io vi dono la mia casa, dichiarando che la donazione sarà non avvenuta, ove io mi mariti, voi siete all' istante investito della proprietà della casa (soltanto questa proprietà è risolubile);

(1) Questi articoli non offrono veruna divergenza. *Il Trad.*

immediatamente si apre il vostro dritto, immediatamenta produce il suo effetto la donazione, e voi restate proprietario fintanto che io non mi marito. Dunque, se voi venite a morire, la casa, benchè io sia tuttora vivente, se non son maritato, fa parte del vostro patrimonio, entra nella vostra successione e passa ai vostri eredi: non si può parlare di caducità, di donazione che abortisca e non produca il suo effetto, dacchè questo effetto è prodotto da gran pezza e dee continuare fintanto che non si risolverà per l'avveramento della condizione.

Sicchè già la caducità è impossibile quando si tratta d'una condizione risolutiva, e non può presentarsi che nel caso di condizione sospensiva. Quando io vi dono la mia casa perchè diventi vostra, se io mi marito, allora voi non avete per al presente verun dritto, la mia donazione non produce immediatamente verun effetto; soltanto, se io mi marito, il dritto si aprirà e l'effetto verrà a prodursi. Laonde, se voi verrete a morire prima ch' io mi mariti, non avrete alcun dritto da trasmettere ai vostri eredi, e il dritto che non è aperto per voi non potendo aprirsi per un altro, poichè la liberalità, come si è detto, è esclusivamente personale al donatario, l'effetto non ancora prodotto non può tampoco prodursi oggimai; la donazione è caduca. Ma perchè la caducità, sempre impossibile in caso di condizione risolutiva, si attui per la premorienza del donatario in caso di condizione sospensiva, bisogna ancora, come si è potuto notare in ciò che testè abbiam detto, che questa premorienza avvenga prima dell' avveramento della condizione. Se, dopo avervi donata la mia casa perchè non divenga vostra che col mio matrimonio, io mi sono di fatto maritato quando voi eravate ancora in vita, è chiaro che da questo momento il vostro dritto si è aperto, la donazione à prodotto il suo effetto, voi siete divenuto proprietario irrevocabile della casa, e la vostra morte, ancorchè seguisse prima della mia, produrrà, non più la caducità della disposizione, ma la trasmissione ai vostri rappresentanti quali che sieno del dritto che trovavasi diffinitivamente nel vostro patrimonio.

316. Questa teorica generale si applica in particolare al caso in cui il donante si è riservato il dritto di disporre d'un oggetto che dona. Se il donante, invece di donare l'oggetto attualmente, riservandosi di risolvere la donazione con una disposizione posteriore, non lo desse che sotto la condizione di non disporne, se dicesse al donatario: « Quest' oggetto sarà vostro, se io muoio senza averne disposto, » allora vi sarebbe donazione sotto condizione sospensiva, epperò se al momento in cui il donante muore senza aver disposto, quindi al momento in cui deve aprirsi il dritto del donatario, questi fosse anch' egli premorto, la donazione sarebbe caduca e l'oggetto resterebbe agli eredi del donante: converrebbe che il donatario, (o uno de' donatari, se parecchi sono stati chiamati) fosse ancora vivente, perchè la donazione producesse effetto. Ma, quando trattasi veramente di una *riserva* di disporre d'un oggetto attualmente donato, quando si è detto: « Vi dono questa casa, ma la donazione sarà risoluta, se più tardi ne disporrò altrimenti, » allora la donazione è sotto condizione risolutiva, il donatario è investito all' istante e la proprietà (risolubile) gli appartiene immediatamente. Dunque in questo caso la morte del donatario trasmetterebbe la proprietà ai suoi eredi; e, poichè il donante muore senza aver fatta una nuova disposizione, senza aver adempiuto alla condizione risolutiva, senza aver infranta la proprietà del donatario, quella proprietà resta irrevocabilmente, vuoi ad esso donatario, se ancora è vivente, vuoi ai suoi eredi, se è premorto. Ciò dichiara positivamente la seconda parte dell' art. 1086.

III. — 317. Dunque, e per riassumerci, la caducità per premorienza del donatario avrà sempre luogo nel caso dell' art. 1082, per la donazione di beni futuri; giacchè il donatario non vi è mai investito che per la morte del donante. Essa avrà luogo egualmente nel caso dell' art. 1084; dacchè la donazione di beni presenti e futuri di cui questo si occupa rimane pel tutto donazione di beni futuri sintanto che è vivo il donante; per modo che questo secondo caso rientra nel primo. Ma non avrà luogo nel caso dell' art. 1086 che qualora si trattasse d'una condizione sospensiva e questa condizione non fosse avverata alla morte del donatario; giacchè allora soltanto il donatario si muore senza essere investito.

La redazione del nostro articolo dee dunque completarsi così: « Le donazioni fatte ai coniugi o ad uno di essi ne' termini degli articoli 1082, 1084 e 1086 diverranno caduche *in tutti i casi in cui la caducità sarà possibile*, se il donante sopravviva al coniuge donatario e altresì alla sua posterità *nata dal matrimonio*, *salvo che questa sia stata formalmente esclusa dalla disposizione*. »

Tuttavolta, ancorchè fosse così completata, la redazione del nostro articolo peccherebbe pure sopra un punto. Di fatti il Codice, dicendo che le donazioni di cui si tratta *diverranno caduche se il donante sopravviva*, potrebbe far pensare che la sopravvivenza del donante sia una circostanza da doversi provare perchè ne segua la caducità della donazione e che per tanto, in caso di dubbio sul punto di sapere chi de' due sia sopravvivuto all' altro, se il donante o il donatario, spetterebbe agli eredi del disponente stabilire la sopravvi-

venza del loro autore. Or sarebbe questo un certo errore, chè a colui che reclama l'esercizio di un diritto incombe provare che questo dritto esiste, e non già al suo avversario provar che non esiste. L'articolo significa dunque che le donazioni di cui esso parla non isfuggiranno alla caducità e non produrranno il loro effetto che *se il donatario* (o la sua prole nata dal matrimonio, quando non è esclusa) *sopravviva al donante*, ove sia riconosciuta la costui sopravvivenza.

1090. [1045]. Tutte le donazioni fatte agli sposi nei loro contratti di matrimonio potranno nel tempo dell' apertura della successione del donante ridursi alla quota di cui la legge gli permetteva di disporre (1).

318. Per favorevoli che sieno le donazioni di cui si occupa il nostro capitolo, non si poteva giungere fino a supprimere per esse la riserva dovuta agli eredi: saranno dunque, come ogni altra, riducibili alla quota disponibile.

Per altro, costituendo tutte queste disposizioni delle donazioni tra vivi, non si potrà, ai termini dell'articolo 923-840, ridurre alcuna di esse se non dopo aver esauriti tutti *i beni* compresi nei legati. La dottrina contraria del Duranton (VIII -- 357 e 358), il qual vuole si assimili ai legati e si riduca insieme con essi qualunque donazione che non è rivocabile è dunque un errore; e noi l' abbiam confutato diffusamente sotto il detto articolo 923, n.° I.

CAPITOLO IX.

DELLE DISPOSIZIONI TRA CONIUGI, SIA PER CONTRATTO DI MATRIMONIO, SIA DURANTE IL MATRIMONIO.

319. Questo capitolo con cui si termina il nostro titolo delle Donazioni e dei Testamenti, traccia delle regole speciali per le donazioni fatte a' coniugi. Fra queste regole, le une son particolari alle donazioni che i coniugi si fanno *nel loro contratto di matrimonio* (art. 1091, 1092, 1093, 1095 -- 1046, 1047, 1048 e 1049); altre sono particolari alle donazioni di cui questi coniugi si gratificano *nel corso del matrimonio* (art. 1096, 1097 -- 1050, 1051); -- le ultime, che creano pe'coniugi un sistema di quota disponibile diverso dal sistema ordinario, son comuni alle due classi di donazioni (art. 1094, 1098, 1099 e 1100 -- T. 1052, 1053 e 1054).

§ 1.

Donazioni fatte tra coniugi col contratto di matrimonio.

1091. [1046]. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente, o l' uno dei due all'altro, le donazioni che vorranno, sotto le modificazioni qui appresso indicate (2).

320. I futuri coniugi posson farsi nel loro contratto *quelle donazioni che stimeranno opportuno*; per conseguenza quelle di cui è stato quistione nel capitolo precedente al pari di ogni altra.

1092. [1047]. Qualunque donazione fra vivi dei beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa, e sarà sottoposta a tutte le regole e forme prescritte di sopra per tali donazioni (3).

321. Nelle nostre antiche province di dritto scritto riguardavansi tutte le donazioni che si facevano due futuri coniugi, ancorchè avessero per obbietto dei beni presenti, come sottomesse alla tacita condizione della sopravvivenza del donatario. Le nostre consuetudini, al contrario, respingevano questa tacita condizione; e sol quando il donante lo spiegava positivamente la premorienza del donatario rendeva inefficace la donazione.

Il nostro articolo adotta questo sistema delle consuetudini. Ogni donazione di beni presenti fra coniugi col loro contratto di matrimonio sarà pura e semplice e irrevocabile, se non sia espresso il contrario; e quando il donante vorrà o che l' effetto della donazione dipenda dalla sopravvivenza del donatario, o che questo effetto, immediatamente consentito, si risolva per la premorienza di esso donatario, dovrà espressamente imporre la condizione sospensiva o risolutiva. Che se i termini usati lasciassero in dubbio il punto di sapere se ad una condizione sospensiva o ad una risolutiva siasi inteso sottomettere la donazione, è chiaro che questo sarebbe un punto di fatto, una quistione d' interpretazione da risolversi a tenor delle circostanze.

322. Le donazioni onde si tratta son sottomesse, dice il nostro articolo, a tutte le regole e forme precedentemente indicate; alle regole generali fermate dalla prima parte

(1 2 e 3) Questi articoli non offrono veruna divergenza. *Il Trad.*

del nostro titolo, e alle regole speciali che abbiamo incontrate nel cap. VIII. Così dovranno esser trascritte per gl' immobili (articoli 939-863) e accompagnate pei mobili da uno stato estimativo (art. 948-872); non àn bisogno d'accettazione espressa (art. 1087 1042); son caduche, se il matrimonio non à luogo (1088-1043) ec. Si sa, del resto, che non son punto rivocabili per sopravvenienza di figli (art. 650-572); ma che, a parer nostro, lo sono per ingratitudine (articolo 659, num. 1 — 580).

1093. [1048]. La donazione dei beni futuri o dei beni presenti e futuri fatta tra sposi nel contratto di matrimonio, o che sia semplice, o che sia reciproca, soggiace alle regole stabilite nel capitolo precedente per le donazioni simili che si fanno loro da un terzo, tranne soltanto che non si trasmette ai figli nati dal matrimonio, nel caso che il coniuge donatario premuoia al coniuge donante (1).

323. Le donazioni di beni futuri, o di beni presenti e futuri, che i coniugi fannosi col loro contratto, seguono in tutto le regole da noi spiegate sotto gli art. 1082 e seg. — 1038 e seg., salvo quest' unico punto: quando tali donazioni son fatte ai coniugi da terzi, possono estendersi (anzi si estendono di pieno dritto, ove non sia espresso il contrario), in caso di premorienza del donatario, ai discendenti nasciturì dal matrimonio; qui all' opposto non saran mai estensibili a questi discendenti e le renderà sempre caduche la premorienza del coniuge donatario.

Diciamo che non saran mai estensibili ai discendenti. Non si dovrebbe credere, infatti, come a torto insegna il Duranton (IX-759), che la donazione potesse aver effetto in pro de' discendenti mercè una formale dichiarazione del donante. È questo, secondo noi. un errore certo e facile a dimostrare. E per fermo, l' art. 906-822 vieta per principio generale di far donazioni a persone non ancor concepite; gli art. 1082 e 1084-1038 e 1040 fanno eccezione a questo divieto per le donazioni fatte ai futuri coniugi da terze persone; cotal divieto non essendo qui riprodotto per le donazioni fatte ai coniugi tra loro, queste rimangon dunque sotto la regola.

Sicchè non si venga a dire che questa donazione ai figli nascituri non sia proibita, e che quindi, se nel tale o tal caso non può più aver luogo di pieno dritto, possa sempre risultare da una clausola speciale. Nulla è più inesatto; dappoichè questa disposizione è inibita; la sua inibizione sta energicamente scritta nell' art. 906 - 822; gli art: 1082 - 1038. e seg. tolgono il divieto per le donazioni fatte ai coniugi da terzi; ma niuno articolo lo toglie per quelle che i coniugi fannosi tra loro. Il qual sistema del codice è perfettamente razionale; giacchè qui i beni che il figlio non prenderà a titolo di donazione per la premorienza del coniuge donatario, li ritroverà nella successione del coniuge donante, in guisa che la regola dell' art. 906 non à inconveniente; laddove nel caso d' un donatore estraneo, il figlio, per la premorienza del coniuge donatario avrebbe irrevocabilmente perduti i beni (*confr.* Delvincourt, Coin-Delisle n. 4).

324. — Il nostro articolo si esprime inesattamente quando dice che le donazioni di cui si tratta non saranno *trasmissibili* ai figli: quelle degli art. 1082, 1084 - 1038 e 1040 neppure son loro trasmissibili; giacchè il donatario che premuore, rendendo con la sua premorienza caduca in quanto a lui la donazione, non raccoglie dunque e non può raccogliere checchessia. Ma quest'espressione, inesatta com'è, rende palpabile l'errore del Duranton; mercecchè il Codice non dice che la donazione non sarà *trasmessa*, ma che non sarà *trasmessibile*, il che significa che non pure non sarà di pieno dritto *estesa* ai figli, *fatta* pe' figli, ma che non sarà *estensibile* ai figli, che *non potrà esser fatta* per essi.

Questo articolo, del resto, ben prova ciò che abbiam detto sotto l' art. 959-1, che le donazioni che fannosi i coniugi tra loro non son mica, come quelle che lor facciano dei terzi, delle donazioni fatte *in favor del matrimonio* e a benefizio della prole nascitura da questo matrimonio; sibbene delle donazioni *in favor del solo coniuge* e fatte a benefìcio personale di esso coniuge, talchè sono necessariamente rivocabili per l' ingratitudine di lui.

1094. — *Questo articolo non à nulla di particolare alle donazioni che i coniugi si fanno col loro contratto di matrimonio; sicchè non appartiene all' ordine d' idee in cui versiamo, e non si vede perchè i compilatori l' abbian posto in mezzo agli articoli che stiamo spiegando. Esso tratta della quota disponibile tra coniugi (come l' art. 1098 che ne è una continuazione) e trovasi comune alle donazioni che i coniugi si fanno, sia col loro contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio e perfino alle liberalità che si facessero per testamento. Questo testo adunque starà al suo luogo naturale immediatamente dopo l'art. 1098.*

(1) Questi articoli non offrono veruna divergenza. *Il Trad.*

mediatamente prima dell' art. 1098, nel nostro terzo paragrafo.

1094. [1050]. Il coniuge potrà, sia per contratto di matrimonio, sia durante lo stesso, disporre in favore dell'altro coniuge, pel caso in cui non lasciasse figli o discendenti, della proprietà di tutto ciò che potrebbe disporre in favore di un estraneo, ed oltre a ciò dell' usufrutto della intiera porzione di cui la legge proibisce la disposizione in pregiudizio degli eredi. Nel caso poi in cui il coniuge donante lasciasse dei figliuoli o discendenti, egli potrà dare all' altro coniuge, o una quarta parte de' beni in proprietà ed una altra quarta parte in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni solamente in usufrutto (1).

1095. [1051]. Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all' altro sposo, tanto per donazione semplice, quanto per donazione reciproca, se non coll' approvazione ed assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per render valide le sue nozze; con tal consenso potrà donare tutto ciò che la legge permette allo sposo maggiore di donare all' altro coniuge (2).

325. — Chi vuole il fine vuole i mezzi. Laonde, tosto che si permetteva al minore di maritarsi, bisognava permettergli di consentire le donazioni, le convenzioni e le clausole quali si vogliano cho debbano costituire il suo contratto di matrimonio e senza le quali il più delle volte si vedrebbe fallire la divisata unione. Ciò fa il Codice nel nostro articolo e negli articoli 1309 e 1398-1263 e 1352. Il minore, secondo questi tre articoli (i quali dicono tutti e tre quel che dice per sè solo l'art. 1398-1352) può fare validamente nel suo contratto di matrimonio tutto ciò che potrebbe un maggiore, alla sola condizione che sia munito per questo contratto de' consensi occorrentigli pel matrimonio.

326. Notiam bene che qui non si tratta pel minore, come negli atti ordinari, d'esser rappresentato dal suo tutore o assistito dal curatore: la capacità del minore è qui affatto speciale, essa è precissmente pel contratto ciò che è pel matrimonio medesimo. Da sè stesso contrae il minore il suo matrimonio, da sè stesso adunque ne fermerà le clausole e convenzioni pecuniarie, senza esser mai rappresentato da alcuno. Soltanto egli à bisogno pel suo matrimonio del consenso di queste o quelle persone (art. 148, 149, 150, 158, 159, 160-163, 164, 172, 173, 174); questo medesimo consenso sarà dunque necessario per fare il contratto.

Supponiamo pertanto una fanciulla di quindici anni, la quale non abbia altri ascendenti che un' avola, e si trovi sotto la tutela d' uno zio: siccome non fa duopo a questa fanciulla per maritarsi che del consenso dell' avola (art. 150-164), senza che sia pur mestieri consultare nè il tutore nè il consiglio di famiglia, ella potrà dunque col semplice consenso di quest' avola far tutte le donazioni e convenzioni che far potrebbe se fosse maggiore. In somma ciò che fa la capacità del minore per le nozze fa la sua capacità pel contratto nuziale; sotto le condizioni che gli permettono il fine gli vengono permessi i mezzi: *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia.*

§ 2.

Donazioni fatte tra i coniugi durante il matrimonio.

1096. [1052]. Qualunque donazione fra coniugi, durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione fra vivi, potrà sempre rivocarsi.

La rivocazione potrà essere fatta dalla moglie, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice.

Tali donazioni non si rivocano per la sopravvegnenza de' figli (3).

SOMMARIO.

I. — Donazioni *fra coniugi* sono tuttavia delle donazioni tra vivi: Conseguenze. Dissenso col Duranton e con altri autori.
II. Queste donazioni possono esser fatte in tutte le circostanze indicate nel capitolo precedente, salvo che non posson mai estendersi ai figli non concepiti.
III. Son caduche per la premorienza del donatario.
IV. Sono rivocabili per ingratitudine, per inesecuzione, e inoltre per la semplice volontà del donante. — Quest' ultima causa di rivocazione non produce effetto che secondo le regole fermate per la rivocazione de' testamenti. Dissenso col Coin-Delisle.

I. — 327. Le donazioni che i coniugi si fanno nel corso del loro matrimonio, quando sono

(1) Questo articolo fu soppresso nella revisione del 1819; epperò secondo le nostre LL. CC. il coniuge è ragguagliato a chiunque altro, essendo tolta di mezzo quella eccezione alle regole stabilite intorno alla legittima dovuta agli ascendenti. *Il Trad.*

(2 e 3) Questi articoli sono interamente conformi. *Il Trad.*

attualmente coniugi e che specialmente perciò ai appellano *donazioni fra coniugi*, son trattate nel Codice con una increscevole brevità; e soltanto per via di principii di analogia e di conferenze cercate fuori di questo testo potremo risolvere le difficoltà che su questa materia si elevano.

Le donazioni tra coniugi, dando a questa parola il senso speciale che abbiamo testè indicato, si accostano alle disposizioni testamentarie, inquanto sono come queste essenzialmente rivocabili dal disponente fino alla sua morte. Ma non lascian d'essere oggidì delle donazioni tra vivi, dacchè, giusta l'art. 893-813, una disposizione è tra vivi quando non sia un testamento.

328. E poichè questa disposizione costituisce una donazione tra vivi, riman dunque sottomessa a quelle tra le regole generali delle donazioni, a cui una regola speciale non la sottragga. Pertanto non può farsi che con atto notarile, di cui resti minuta (art. 931-855); non può valere che mediante un'accettazione espressa (art. 932-856), poichè l'art. 1087-1042 ne dispensa soltanto le donazioni fatte per contratto di matrimonio; — non potrà mai esser fatta, per minimo che ne sia l'obbietto, da un coniuge minore, neppure al di sopra di sedici anni (art. 904-820), comunque questo minore potesse testare (*ivi*); non sarebbe riducibile alla morte del disponente che dopo esauriti tutti i legati e alla sua data (art. 923-840); ed abbiamo sufficientemente confutato l'opposta dottrina del Duranton sotto l'art. 923 - I; non sarebbe annullata, malgrado la dottrina contraria ancora del Duranton (XI-776), per la morte civile del disponente, dacchè l'art. 25 non toglie per questa causa che l'effetto del testamento; sarà sottomessa, quando sarà di beni presenti, alla necessità d'uno stato estimativo pe' mobili (art. 948 872) e della trascrizione per gl'immobili (art. 939-863).

Non è da dire infatti, con la più parte degli autori (Grenier, n.° 456; Duranton, VIII-509 ec.), che la rivocabilità dell'atto renda inutile lo stato e la trascrizione. Lo stato sarà necessario perchè il donante possa ricuperare, in caso di rivocazione, tutti i mobili di cui si era appropriato. In quanto alla trascrizione, è vero che essa è quì senza oggetto contro de' terzi a cui favore il donante avesse alienati o ipotecati gl'immobili dopo fatta la donazione, atteso chè il fatto dell'alienazione costituirebbe una rivocazione, e la concessione d'ipoteca (così fatta da una persona che avea conservato il dritto d'alienare validamente) darebbe con efficacia al creditore il dritto di far vendere il bene; ma questa trascrizione conserverebbe la sua utilità a fronte dei creditori che, posteriormente alla donazione, potessero acquistare ipoteca senza il concorso della volontà del donante (come ipoteca giudiziaria).

II. — 329. I coniugi posson farsi durante il matrimonio le varie specie di donazioni prevedute dal capitolo precedente. Assene la prova nei cinque articoli 943 a 947-867 a 871, nei quali la legge, dopo vietato di donare i beni futuri, di donare con riserva di disporre altrimenti più tardi o sotto condizione di pagare altri debiti che i debiti presenti, e in generale di fare alcuna donazione sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante, finisce col dichiarare che tal divieto punto non riflette le donazioni ond'è menzione nei capitoli VIII e IX.

Egli è evidente, del resto, che la donazione così fatta al coniuge non potrà mai estendersi, pel caso della sua premorienza, ai figli non ancora concepiti, non essendo questo estendimento neppure permesso per le donazioni fatte nel contratto di matrimonio (art. 1093-1018). Quì si rimane sotto il divieto generale dell'art. 906-822; ed ancorchè la liberalità non sia che di beni futuri o di beni presenti e futuri, non può indirizzarsi che a persone attualmente esistenti.

III. — 330. Ma gli è un punto per noi delicatissimo quello di sapere se la donazione fra coniugi, quando à per obbietto de'beni presenti, divenga caduca per la premorienza del donatario. Noi non parliamo della donazione di beni futuri o di beni presenti e futuri: poichè la premorienza la rende caduca eziandio se fatta si coniugi da' terzi (art. 1089-1044) o dai coniugi l'uno all'altro nel loro contratto di matrimonio (art. 1093-1018), è chiaro che non potrà essere più energica quì, che è sempre rivocabile, e che la caducità pronunziata nei primi due casi tanto più s'applica al terzo. Ma per la donazione di beni presenti, rende la quistione sommamente ardua il silenzio della legge.

Vero è che tutti gli autori senza eccezione son d'accordo per ammettere la caducità (1); ma, siccome i più fanno della donazione tra coniugi una donazione a causa di morte, laddove noi siamo costretti a riconoscere, a fronte dell'art. 893, che essa costituisce una donazione tra vivi, la loro decisione non può essere di gran peso per noi; e da un'altra banda due arresti, de' quali uno di cassazione, decidono (2) che la caducità non deve ammetter-

(1) Toullier V. 918, Grenier n.° 451; Vazeille, n.° 9; Duranton IX 777; Dalloz, C. 12, s. 2, art. 1, Rolland, v.° *Don. tra coni.*; Championnière e Rigaud, IV, 2089; Coin Delisle, n° 6.

(2) Limoges 1.° f 1840; Cass. 18 giug. 1815 (Dev. 40, 2, 281; 15, 1, 638).

si. È in fatti, si può dire che, che essendo il donatario di beni presenti immediatamente investito, in qualunque epoca egli muoia, morrà proprietario e trasmetterà i beni ai suoi eredi.

Noi crediamo tuttavia non esser tale il pensiero del legislatore. Un tempo la donazione tra coniugi durante il matrimonio era proibita nei paesi di consuetudine, e non era permessa nei paesi di dritto scritto che sotto la condizione della sopravvivenza del donatario; ora il Codice, permettendola senza spiegarsi su questo punto non à naturalmente inteso continuarla quale era sempre esistita? Se su questo punto si fosse inteso mutare il dritto anteriore, nol si sarebbe forse spiegato, sia nel testo dell' articolo, sia nei lavori preparatori? L' art. 1092-1047, che pur riproduceva senza più i principi dei nostro antico dritto consuetudinario, à tuttavia avuto ben cura, a causa dei diversi principi del dritto scritto, di dichiarare positivamente che la donazione di beni presenti fra coniugi per contratto di matrimonio non si presumerebbe fatta sotto questa condizione di sopravvivenza; cotesta natura pura e semplice della donazione, la quale sembrava risultare sufficientemente dalle regole generali, il Codice à tuttavia avuto la cura di formolarla espressamente, per la sola ragione che vi era stato un sistema contrario a fronte del sistema più razionale che esso adottava. Ma, s' egli è così, se il legislatore à creduto doversi spiegare per rigettare la condizione di sopravvivenza in un caso in cui già le nostre consuetudini la rigettavano e in cui si trattava d' una donazione irrevocabile, come avrebbe taciuto per eliminarla in un caso in cui l'antico dritto l'ammetteva e nel quale la donazione è dichiarata rivocabile al pari di un legato? Non è egli chiaro che una spiegazione a questo proposito sarebbe stata più necessaria nel secondo articolo che nel primo? che questa spiegazione sarebbe divenuta massimamente indispensabile nell' art. 1096-1050 dopo quella che si era messa nell' art. 1092-1047? che il contrasto infine tra questi due articoli mena a riconoscere nel nostro l' esistenza, la continuazione della condizione della sopravvivenza del donatario, per un argomento che non è solo *a contrario*, come diceva la Corte di Limoges, ma che in grazia delle circostanze diviene argomento *a fortiori*?

Riconosciamo dunque con tutti gli autori che la donazione tra coniugi durante il matrimonio sarà sempre caduca per la premorienza del donatario.

IV. — 331. Le donazioni fra coniugi, sempre rivocabili per la semplice volontà del disponente, lo sono altresì per ingratitudine del donatario o per inesecuzione delle condizioni (art. 953-880). Si comprende che queste due ultime cause di rivocazione saranno d' ordinario inutili in quanto al donante, giacchè, sempre libero di rivocare a sua posta, ei non à duopo di poter invocare una causa legale di rivocazione; ma sarebbero utili per gli eredi di questo donante ed eziandio pel donante medesimo, cui una interdizione porrebbe fuori stato d' avere, almeno legalmente parlando, la sua volontà propria.

Circa alla rivocazione per semplice volontà del donante, non ci dice il Codice in che modo potrà aver luogo; e da questo silenzio la maggior parte di questi autori conchiudono doversi qui applicar le regole stabilite per la rivocazione de' testamenti (art. 1035 a 1038-990 a 993). Non adotta però questa opinione generale il Coin-Delisle (n.° 15). Il punto di sapere se nella tale o tal circostanza abbiasi a riconoscere una rivocazione espressa o tacita della donazione non potrà mai essere, secondo lui, che un punto di fatto, una quistione d' intenzione, cui sempre giudicherebbero sovranamente le Corti d'appello. Certo, dic'egli, sarà pur naturale che i giudici qui tolgano a guida il sistema degli art. 1035 a 1038; ma, non rimandando ad essi la legge, non saran mai tenuti di sottomettervisi rigorosamente. Se un arresto, per esempio, ammettesse come efficace la rivocazione contenuta in un atto privato, come potrebbe la Corte suprema annullarlo? qual legge avrebbe violata questo arresto?

Noi pensiamo altrimenti dal nostro dotto confratello. È per fermo, non il solo testo della legge debbon rispettare i tribunali, ma la sua mente eziandio. Or ei ci sembra impossibile ammettere che il legislatore abbia inteso lasciare al criterio de' giudici la rivocazione delle donazioni, allorchè con tanta cura organizza la rivocazione de' testamenti. Ei non ci à cosa più essenzialmente rivocabile di un testamento; ed è pertanto impossibile ammettere che una donazione tra vivi, un atto che à immediatamente investito il beneficiario e conferitagli la proprietà de' beni possa mai rivocarsi più facilmente di un testamento. Dire che qualunque circostanza, salvo le tali e tali, non avrà la forza di rivocare un semplice testamento si è dire, se non *a fortiori*, almeno, *a pari*, che niuna avrebbe la forza di rivocare una donazione. Rigettiamo dunque l' opinione del Coin-Delisle per seguire la dottrina comune degli autori.

332. Notiamo in ultimo che queste donazioni, appunto per esser sempre rivocabili a volontà del disponente, non son mai rivocate di pieno dritto per la sopravvenienza di figli.

1097. [1053]. I coniugi, durante il ma-

trimonio, non potranno, nè con atto tra vivi, nè con testamento, farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto (1).

333. Il motivo che agli occhi della legge rende incompatibile il carattere di rivocabilità de' testamenti con la redazione congiuntiva de' testamenti di più persone in un solo atto (motivo che abbiamo spiegato sotto l'art. 968), dovea far proscrivere eziandio la formazione congiuntiva delle donazioni tra coniugi, essendo queste egualmente rivocabili. In conseguenza il nostro articolo dichiara che de' coniugi non potran mai farsi delle liberalità reciproche in un solo e medesimo atto, nè per testamento nè tampoco per donazione.

Nei primi tempi del Codice si era pensato che la nullità pronunziata dal nostro articolo si applicherebbe anche al caso in cui due coniugi avesser fatte le loro mutue disposizioni con due atti separati, se questi due atti fossero stati ricevuti dallo stesso notaio immediatamente l'uno dopo l'altro (Rennes 15 term. anno XIII). Ma era un errore evidente; chè le cause di nullità non si possono estendere; non ci à più luogo ad invocare il nostro articolo tosto che le disposizioni sono state fatte con atti separati. Epperò l'arresto di Rennes fu annullato il 22 luglio 1807.

§ 3.

Della quota disponibile fra coniugi.

Articolo 1094 (2).

SOMMARIO.

I. Il coniuge, essendovi figli, non può ricevere al di là di ciò che è fissato dal 2. comma dell'articolo; non s'applica a lui l'art. 915. Critica della dottrina contraria di Benech, Demante, Valette, Duranton e Aubry.

II. Senso delle parole: o *la metà in usufrutto*. Permetterebbero queste, non ostante l'art. 917, di ridurre alla metà la disposizione di usufrutto che eccedesse questo limite?

III. *Quid* se il coniuge avesse dichiarato donare *ciò che la legge gli permette*: o se avesse riprodotta l'alternativa indicata dal nostro comma, senza dire a chi debba appartenere la scelta.

IV. Disponendo di tutto l'usufrutto che può donare, il coniuge non può dispensare pel tutto l'altro coniuge dal dar cauzione.

V. Rinvio all'art. 1100 per la combinazione del disponibile speciale ai coniugi col disponibile ordinario.

I. — 334. Gli articoli 913 a 916 — 829 a 832, regolando in un modo generale la quota disponibile, ci àn detto: 1° che il disponibile abbraccerebbe la totalità de' beni quando il disponente non lasciasse nè ascendenti nè ascendenti; 2° che sarebbe della metà, quando vi fossero ascendenti in ambe le linee e del quarto quando in una sola; 3° che infine sarebbe della metà, essendovi un sol figlio, del terzo essendovene due, e del quarto per un maggior numero. Ora il nostro articolo ci dice che tra coniugi il disponibile comprenderà: 1° se alla morte non vi son figli, ciò che si potrebbe donare a chiunque altro, e dippiù l'usufrutto di quel che non si potrebbe donare (comma 1.); 2°, in caso di figli, un quarto de' beni in piena proprietà, più un quarto in usufrutto, ovvero una metà in usufrutto (comma 2).

Questa nuova regola non può presentare veruna difficultà per la sua prima parte. Se il coniuge che non lasci figli non lasci neppure ascendenti, avrà potuto donare tutto il suo all'altro coniuge; che se lasci degli ascendenti, sia in una linea, sia in entrambe, avrà potuto donare i tre quarti in un caso, la metà nell'altro e dippiù l'usufrutto dell'altro quarto o dell'altra metà.

335. Ma la seconda parte dell'articolo è ben lungi dall'essere così semplice; ed è un punto controverso quello di sapere se la quota determinata dal nostro 2° comma sia la sola che il coniuge possa mai donare, o se essa formi, con la quota ordinaria dell'articolo 915-831 un'alternativa offerta alla scelta di questo coniuge. Fissa la regola di questo comma una quota *invariabile* tra coniugi, quota più ampia di quella dell'art. 913 quando vi saran tre figli o più, ma più ristretta quando ve ne sarà un solo o due? ovvero costituisce questa regola una semplice facoltà, un favore del quale il coniuge donante userà se voglia, ma che può sempre abbandonare per restare nel dritto comune, ove lo stimi opportuno?

A prima vista ben pare che i due articoli 1094 — T. e 1098-1052 organizzino per la nostra materia delle donazioni tra coniugi un sistema compiuto e appieno indipendente dalle regole fermate negli art. 913 e 916—829 e 832. In fatti questi art. 1094 e 1098 prevedono tutte le posizioni possibili, sia che il coniuge donante muoia senz'alcun figlio, con ascendenti o senza (1094 1°), sia che lasci dei figli del suo matrimonio col coniuge donatario (1094 2°), sia infine che lasci dei figli d'un matrimonio anteriore e dopo il cui scioglimento egli abbia disposto a favore d'un nuovo coniuge (1098), in tutti i casi trovasi una regola speciale nel capitolo IX del *titolo delle Donazioni*, senza che mai

(1) Questi articoli sono interamente conformi. *Il Tr.*

(2) Il testo di questo art. sta a p. 147.

s'abbia a ricorrere alle regole del capitolo III. Onde fino in questi ultimi tempi tutti gli autori senza eccezione, Toullier e Grenier fino a Vazeille e Coin-Delisle, ànno insegnato trattarsi qui d'una quota disponibile indipendente dalla quota ordinaria, e che i coniugi pertanto non posson mai donarsi oltre ciò che è fissato dal secondo paragrafo del nostro articolo 1094.

Questa dottrina non sembrava neppur suscettiva di controversia, quando un dotto professore di Tolosa, il Benech, in un volume consacrato tutto intero alla spiegazione del nostro articolo 1094, è venuto a svolgere il sistema contrario con un ingegno meritevole secondo noi di miglior causa; e il Valette in un articolo pubblicato dal giornale *il Dritto* à pienamente adottato il sistema del suo collega di Tolosa. In questo articolo ci avverte inoltre il Valette che il sistema del Benech, già professato alla Scuola di Parigi dal Demante, è stato anche adottato dal Duranton, e che egli è autorizzato a pubblicare che il dotto autore del *Corso di dritto francese* ripudia l'opposta dottrina che da più di venti anni à insegnato. Da un'altra banda la dottrina del Benech è stata ammessa dal Zachariae (*Manuale*, IV, p. 268; *Corso*, V, p. 205); ed uno de' suoi annotatori, Aubry, in una adesione inviata al Benech dichiara che l'opinione contraria gli sembra *insostenibile*.

Pure, e malgrado la imponente riunione di nomi come quelli di Benech, Demante, Duranton, Valette, Zachariae e Aubry, noi siamo più che mai convinti che questi autori sono in errore; e forte c'incresce che il Valette non abbia risposto nel suo articolo degli 11 marzo 1846 alla critica che noi ne avevam già fatta da due anni, critica che il Vatimesnil nel *Dritto* del 24 luglio 1845 avea qualificata confutazione vittoriosa; e, benchè si dichiari *insostenibile* la nostra opinione, veniamo di nuovo a *sostenerla* e a dimostrare fino all'evidenza l'errore de' nostri onorevoli avversari.

336. Gli argomenti del Benech son tratti 1° dalla *filosofia del dritto* (p. 159-164); 2° da' testi del Codice (p. 106-117) e 3° dai lavori preparatori degli articoli relativi alla quota disponibile (p. 117-159). Esaminiamoli ciascuno successivamente.

1° E in prima il dotto professore trova insostenibile che il legislatore abbia potuto non permettere di donar tanto a un coniuge quanto a un estraneo; la qualità di questo coniuge essendo, al contrario, una ragione piuttosto da permettere di dargli cotal vantaggio. — Erasi risposto anticipatamente a questa obiezione dicendo che delle liberalità considerevoli son molto più da temere e faransi più di leggieri a pro' d'un coniuge che d'un estraneo. Così un figlio naturale, il quale à certo maggiori diritti ai beni che un estraneo (e il quale è infatti un di coloro che raccolgono questi beni *ab intestato*) non può tuttavia ricevere ciò che potrebbe donarsi all'estraneo, a causa dell'estrema propensione che avrebbe il suo autore a fargli delle liberalità considerevoli. Un padre non si recherà a donare a un estraneo la metà della sua fortuna ove non abbia ben gravi ragioni di punire il figlio, quandochè, se la legge non vi si opponesse, facilmente si condurrebbe a donarla alla madre del figlio. Secondo questo stesso principio savissimo, colui che contrae una seconda unione non può mai donare più d'un quarto al suo novello coniuge, ancorchè potesse ad un estraneo donare un terzo o una metà. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat*.

[I compilatori del Codice a differenza dagli onorevoli avversari, ai quali qui rispondiamo, eran degli uomini di pratica. Or nella pratica degli affari si è stupito di vedere quanto i coniugi sieno inchinevoli a donarsi a vicenda e quando poco sieno proclivi a donare ai loro figli.

I coniugi son troppo corrivi, anche prima di sapere qual sia la quota onde possono disporre fra loro, ad assicurarsi reciprocamente, pel superstite dei due, tutto ciò che la legge loro permette di donarsi, per guisa che, se si giungesse fino a permetter loro di donarsi la totalità de' propri beni, la totalità spesso si donerebbero. — Che parsimonia, al contrario, verso i figli! in quasi tutti i contratti nuziali si à cura, nel dare una dote (beninteso più che si possa piccola), di dire che questa dote è data, non dai genitori congiuntamente, non da quello dei due che si trova più ricco dell'altro, sibbene da uno de' coniugi che punto non si conosce e che sarà conosciuto soltanto in prosieguo, cioè da quello che verrà a morire il primo, onde questa dote sia presa per intero sulla sua successione e il superstite non abbia da contribuirvi (vedi art. 1439, III). Che lusso di precauzione contro i figli in favor del coniuge!

E a fronte di questi fatti si mena lamento di veder che il legislatore restringa entro giusti limiti il disponibile fra coniugi quando vi son figli? Ma in verità è egli poi sì infelice il coniuge superstite, anche in questo caso di figli, e non è abbastanza per lui di poter riunire alla sua fortuna particolare (che conserva intatta mercè l'imputazione delle doti sulla successione del premoriente) il godimento per tutta sua vita della metà dei beni dell'altro, più un quarto di proprietà? Quando il padre, che à guadagnato congiuntamente con la moglie una for-

tuna di 12000 fr. di rendita, muore lasciando due figli e donando alla moglie ciò che permette l'art. 1094, non basta egli alla vedova, *sola e senza pesi*, di conservare un'annuale rendita di NOVEMILA FRANCHI, allorchè ciascuno de' due figli, *spesso gravato d' una famiglia crescente*, non ne avrà che MILLE E CINQUECENTO ?]

Ma, dice il Benech (pag. 147), questa spiegazione dell' art. 1094 non è esatta, dacchè il coniuge può *tal volta* ricevere più che altri. Se fosse vero il motivo che voi prestate all' art. 1094, il Codice avrebbe impedito che il coniuge potesse *mai* ricevere quanto l'estraneo. — L' errore qui si tocca con esso il dito. Il Codice à dovuto proteggere i figli contro la facilità di donare a un coniuge, non per *tutte* le liberalità, ma per le liberalità *considerevoli*. Vietare le liberalità d'un terzo o d' una metà, che senza di ciò sarebbero pur divenute frequenti, era savio partito ; ma sarebbe stato esagerare una regola eccellente e renderla cattiva l'inibire in generale di donare mai al coniuge altrettanto e forse più che a un estremo. Il mio coniuge può esser povero, e non mi si potea vietare di lasciargli il bisognevole per vivere dopo di me come viveva durante la nostra unione. Ecco perchè la legge mi permette di legargli morendo, oltre un quarto di nuda proprietà, la metà dell' usufrutto dei miei beni, ancorchè questa quota dovesse eccedere ciò che io posso donare a un estraneo. E, siccome i bisogni del coniuge saran sempre gli stessi, o vi sia un sol figlio o due o tre o più, si comprende perfettamente che il Codice abbia qui fissato un disponibile invariabile e indipendente dal numero do' figli. Laonde ai scorge che questa regola, anzichè essere *assurda*, come pretende il Benech (pag. 162), è sommamente razionale.

2.° L' argomento preso dai testi si riduce a questo : l' art. 902-818 dichiara che chiunque può donare o ricevere, se non sia dichiarato incapace dalla legge: da un'altra banda l' art. 913-829 dice che le liberalità non potranno eccedere la metà, il terzo o il quarto de'beni, secondo che il disponente lasci uno o due o più figli ; dunque i coniugi saran capaci di donarsi in queste proporzioni, se niun testo non li dichiara incapaci. Or questo testo non v' è mica ; chè il nostro articolo 1094-T. a differenza degli art. 913-1029 e 1098-1052, non dice punto che il coniuge non *potrà donare se non* ; dice che *potrà donare* ; è facoltativo e non proibitivo. — In verità noi non sentiamo la forza di quest' argomento, che pure il Valette trova concludentissimo... Potremmo dire in sulle prime che l' art. 902-818 non à nulla a che fare nella quistione, come quello che si occupa della capacità delle persone, laddove qui si tratta della disponibilità de'beni e pertanto di statuti reali, come abbiamo spiegato sull' articolo 3. Ma, del resto, l' argomento lascia la quistione onninamente indecisa, o piuttosto fa nascere questa quistione il fatto medesimo su cui esso si poggia; giacchè la quistione si eleva precisamente ed unicamente perchè il nostro articolo dice *potrà donare* ; se dicesse : *« il coniuge non potrà donare se non, »* non vi sarebbe più quistione possibile. Sicchè questo argomento non cambia punto la controversia ; e ci rimane a indagare se il legislatore, indicandoci ciò che il coniuge *potrà* donare, non abbia inteso esprimere *tutto* ciò che potrà donare.

Gli argomenti cavati dalla mente della legge e attinti nei lavori preparatori son dunque i soli che debbano darci la soluzione della quistione, e vedremo se sia possibile accettar questa soluzione nel senso di Benech, Valette ed altri.

337. 3.° Il Benech argomenta in prima dai rapporti che esistono fra il nostro art. 1094 e i testi che regolano la disponibile ordinaria. Convien notare che l' art. 1094 non à mai variato ; che è nel Codice ciò che era stato nei diversi progetti succedutisi dopo quello di Jacqueminot ; ovechè le regole degli art. 913 a 916 829 a 832 non son divenute quali si veggono se non dopo varie trasformazioni della regola primitiva formolata nell'art. 16 del progetto anzidetto.

Ciò è vero: la regola del nostro articolo non è mai stata modificata, neppure nei termini, salvo la insignificante sostituzione del futuro *potrà* al presente *può*. Al contrario, il sistema degli articoli 913 a 916 era nel suo principio ben differente da quello che è oggi ; in questo sistema proibitivo la disponibile era : 1.° del quarto de' beni, se il disponente lasciava discendenti, senza veruna considerazione del loro numero ; 2.° della metà, se lasciava ascendenti, fratelli o sorelle e discendenti di fratelli o sorelle ; 3.° dei tre quarti, se lasciava zii, prozii o cugini germani, 4.° in fino della totalità in mancanza dei detti parenti. (Fenet pag. 370, art. 16). Come si vede, la disponibile, in caso di figli o altri discendenti, era invariabilmente del quarto, laddove oggi, secondo il numero de'figli esistenti (o rappresentati da altri discendenti) è o del quarto o del terzo o della metà; poi era data inoltre una riserva, non ai soli ascendenti, ma altresì a un gran numero di collaterali. Sicchè nella primitiva redazione del sistema modificato poi negli art. 16 e 151 del progetto Jacqueminot (divenuti gli art. 913 a 916 e 1094 del Codice) regna un'armonia perfetta, un rapporto semplicissimo e che spiega chiaramente la redazione del nostro articolo. Infatti l' art. 16 dichiarava

esser dovuta, in mancanza di discendenti, una riserva agli ascendenti e a numerosi collaterali, e il comma 1° del nostro articolo diceva che in questo caso di discendenti il coniuge potea donare al suo coniuge ciò che potrebbe ad altrui, e inoltre l'usufrutto della porzione riservata *agli eredi*: questa espressione di eredi, troppo vaga oggi, chè si soli ascendenti può applicarsi, era bene scelta allora che comprendeva insieme agli ascendenti un'immensità di collaterali. Non meno semplice era per fermo il 2° comma: l'art. 16 diceva che, nel caso di discendenti, la disponibile era invariabilmente d'un quarto; e il nostro comma veniva a dire che il coniuge in tal caso potrebbe donare questo stesso quarto, più un quarto d'usufrutto, e siccome d'altronde l'art. 17 (relativo alle disposizioni fatte soltanto in usufrutto) non permetteva di donare in usufrutto se non ciò che si potea donare in proprietà, il nostro articolo permetteva di donar tra coniugi questo stesso quarto d'usufrutto, più un altro quarto, ossia l'usufrutto della metà dei beni.

Il nostro articolo, ben si scorge, riassumevasi in dire che la disponibile sarebbe per un coniuge esattamente la stessa che per ogni altro, salvo che vi si potrebbe aggiungere una quota d'usufrutto. Aumentava dunque pel coniuge la disponibile ordinaria; e perciò si era guardato dal dire: « il coniuge *non potrà*, » il che avrebbe indicata una restrizione, quando essa costituiva in verità una estensione.

Di qui piglia le mosse il Benech; e l'argomento che presenta è il più forte di tutti; è il solo che sia veramente specioso. Poichè, dic'egli, i compilatori del Codice ànno scritto l'art. 1094 appunto per estendere a benefizio de' coniugi la disponibile ordinaria; poichè voleano che il coniuge potesse sempre ottenere più d'un estraneo, àn dunque inteso far profittare questo coniuge degli aumenti che più tardi àn recato alla disponibile ordinaria, e se qui accordano ad esso coniuge un quarto in proprietà, più un quarto in usufrutto, per tutti i casi possibili, cioè ancor quando l'estraneo non potrebbe avere che il quarto in proprietà, sottintendono forzosamente ch'egli potrà eziandio ricevere il terzo o la metà in proprietà nel caso che si possan donare a un estraneo.

Finchè questa conchiusione venga smentita *dai fatti medesimi*, mostriamo il vizio dell'argomento che l'à prodotta. Questo vizio sta nella prima proposizione, nella maggiore del sillogismo. Egli è evidente, ne si dice, dal confronto degli art. 16 e 151 del progetto Jacqueminot, che si volea dare più al coniuge che agli estranei... La proposizione è vera in un senso, falsa in quello che le dà il Benech. Si volea dare al coniuge più *di quanto davasi attualmente agli estranei*, ma non più *di quanto potesse agli estranei venir accordato* con qualsivoglia cambiamento posteriore. . . Allorchè si dava agli estranei invariabilmente un quarto di piena proprietà, dicevasi che questa cifra era insufficiente per un coniuge, che un coniuge povero potrebbe aver d'uopo d'una liberalità più forte e che conveniva aggiungere per lui un quarto d'usufrutto al quarto di piena proprietà; ma punto non si diceva nè si aveva alcuna ragion di dire, che questa cifra d'un quarto in piena proprietà, più un quarto in usufrutto, dovrebbe esser aumentata, ove si venisse ad aumentare per certi casi la disponibile fissata per gli estranei... Non si diceva, parlando assolutamente e per tutti i casi possibili: « fa mestieri che un coniuge *abbia più di un estraneo*; » si dicea semplicemente e in un senso affatto relativo alle quote precedentemente stabilite... « fa mestieri che un coniuge abbia *più del quarto* attualmente attribuito agli estranei. » E la prova di questo pensiero sta in essa la redazione del nostro comma; chè, se i redattori avessero avuto l'idea che lor si suppone, non avrebbero mancato di dire, nel comma 2° come nel comma 1°, che il coniuge avrebbe *ciò che si potrebbe donare a un estraneo*, più un quarto d'usufrutto; ma al contrario, si à cura di qui precisare in un modo assoluto e indipendente (e senza riportarsi alla quota ordinaria, come si era fatto nel comma 1°) la cifra concernente i coniugi: sarà un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto. Notiamo bene che, se il nostro pensiero non fosse stato quello de' compilatori, non sarebbe loro tampoco potuto cader in mente di far dell'articolo due commi; si sarebbe detto in una sola frase: « Il coniuge può donare al suo coniuge tutto ciò che può donare a un estraneo, e di più un quarto d'usufrutto, se lasci discendenti; e se non ne lasci, tutto l'usufrutto della porzione indisponibile. »

337. *bis*. Un novello argomento trova il Benech in un'osservazione fatta dal Berlier nel consiglio di Stato nella discussione dell'art. 1098. — Questo articolo, il quale indica di qual frazione possa disporre a favor d'un nuovo coniuge un coniuge che à già de' figli d'un primo letto, non accordava dapprima per questo caso che una parte di figlio legittimo men prendente, *soltanto in usufrutto*. Il Cambacérès propose di permettere la disposizione di questa parte di figlio in piena proprietà. Il Berlier, pur sembrandogli ragionevole questa proposizione, fa osservare che sarebbe conveniente modificar la regola: « Chè, dic'egli, se non ci avesse che uno o due figli del primo matrimonio e nessuno del secondo, il nuovo coniuge potrebbe, dividendo con essi, aver la metà

o il terzo della successione. « Conseguentemente propone si dica che questo nuovo coniuge non potrà mai aver oltre il quarto della successione. L'articolo fu adottato cogli emendamenti del Cambacérès e del Berlier (Fenet, XII, p. 416 e 417). — Or, dice il Benech, se al momento medesimo che si era votato l' art. 1094, il consiglio non osa permettere a favor del nuovo coniuge la disposizione d'una parte di figlio assolutamente e senza restrizione, perchè una tal regola potrebbe fargli avere in certi casi il terzo o la metà de' beni; gli è dunque che l'art. 1094 non impedisce ai coniugi di donarsi questo terzo o questa metà. — Più innanzi (p. 171-177) il Benech svolge lo stesso argomento una seconda volta, appoggiandolo sull' analisi che dà dell' art. 1098 il Maleville, analisi, la qual non è che la relazione della discussione del consiglio di Stato:» Si osservò, dice il Malleville, che bisognerebbe metter un limite alla facoltà di disporre accordata al coniuge che passa a seconde nozze e che sarebbe dura cosa, ove non vi fosse che uno o due figli del primo letto, ch' ei potesse donare al suo secondo coniuge la metà o il terzo de' suoi beni; e lo si ridusse al quarto della porzione in simil caso disponibile. » Adunque, dice il Benech, intende il Maleville, come aveva inteso il Berlier nel proporre il suo emendamento, come aveva inteso il consiglio tutto quanto nell' adottarlo, che la disposizione di un terzo o della metà non era inibita a favor del coniuge.

Trova concludente questo argomento anche il Valette, e ripete, dopo il Benech, che la proposizione di Berlier presupponeva che lo art. 1094 non vieta la disposizione d'un terzo o di metà.

Questo ragionamento è però quanto altro mai inesatto. Imperocchè senza dubbio la proposizione di Berlier presupponeva la facoltà di disporre d' un terzo o di metà, essendo fatta appunto per rimuovere questa facoltà. Ma a chi supponeva che questa metà o questo terzo potesse donarsi ? a un *secondo coniuge*, del cui matrimonio non vi fossero figli: « Se non vi fosse, diceva il Berlier, che un figlio o due del *primo matrimonio* e *nessuno del secondo*, IL NUOVO CONIUGE avrebbe potuto la metà o il terzo. » Il Maleville dice del pari che conveniva mettere un limite al dritto di disposizione *del coniuge che passa a seconde nozze*, e che sarebbe dura cosa, ove egli non avesse che un figlio o due *del primo letto*, che potesse donare la metà o il terzo *al suo secondo coniuge.* » Sicchè l' emendamento suppone unicamente che l' art. 1094 non impedisca di donare il terzo o la metà al coniuge *d'un nuovo letto*, essendovi figli *d'un letto precedente* (il che è pur naturale, poichè l' art. 1094 non s' occupa punto di questo caso, cui regola l' art. 1098). L' emendamento pertanto è affatto estraneo alla nostra quistione relativa ai figli *comuni* ad ambi i coniugi.

Ma evvi di più. Non solo le parole del Berlier non presuppongono in niun modo l' idea che noi combattiamo, ma indicano l' idea contraria. — Notiamo infatti queste parole del Berlier: « Se vi fosse *uno o due figli del primo matrimonio*, E NIUNO DEL SECONDO... » A quella guisa che il secondo coniuge, se l' emendamento del Berlier non fosse stato adottato, avrebbe avuta la metà con un figlio del primo matrimonio, *non con uno del secondo*, parimenti nel pensiero del Berlier, con due figli del primo matrimonio, non già del secondo, avrebbe questo coniugo avuto il terzo. Or, se il secondo coniuge non avrebbe avuto il terzo che con due figli *entrambi del primo matrimonio*; se non avrebbe potuto averlo con due figli, dei quali uno solo fosse appartenuto al *primo matrimonio* e l' altro *al secondo*, cioè che fosse stato un figlio comune, vuol dir dunque che l' art. 1094 ricusava questo terzo e non permetteva mai se non il quarto fra coniugi aventi dei figli comuni!...

Vediamo ora come è interpretato il nostro articolo dal Maleville cui il Benech presenta come quello che professi la sua dottrina, e il suo suffragio gli sembra più possente di quello di tutti gli altri interpreti. — Il Maleville prevede divisamente le tre ipotesi d'un coniuge che muoia: 1° senza eredi riservatari; 2° con ascendenti; 3° con discendenti comuni ad ambi i coniugi. Vediamo s' egli dica o se pur dia a intendere che nel terzo caso si potrà donare, a scelta, la quota del nostro articolo o quella degli art. 913 e 916... « Secondo il nostro articolo, egli dice, i coniugi possono donarsi tutti i loro beni, quando non ànno nè figli nè ascendenti, e ciò è giustissimo; ma possono di più donarsi, oltre la porzione disponibile, l' usufrutto eziandio della legittima degli ascendenti; — e se lascino de' figli, possono, a loro scelta, donarsi un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto ovvero la metà dell' usufrutto di tutti i beni. »

Il Benech, copiando questo passaggio, à messo per errore (almeno nella sua 2a edizione): *nè discendenti*, *nè figli* invece di: *nè figli nè ascendenti*. Per errore egualmente egli à messo un punto finale in luogo d' un semplice punto e virgola dopo le parole: *e ciò è giustissimo*, il che parrebbe fare un'unica frase del resto della citazione. Forse codesto punto finale, che non è nel passaggio del Maleville, à contribuito a far vedere al Benech nelle parole di quell' autore un sen-

so che punto non vi è; ma quello che riman certo e che non ci occorre di provare, poichè non si prova l'evidenza, si è, che il Maleville, il quale nel suo ultimo membro di frase e quando trattasi del caso in cui versiamo (quello di figli comuni), non dice motto del preteso dritto di donar la quota disponibile degli art. 913 a 916, à tuttavia inteso qui presentare il *quadro compiuto* della disponibile fra coniugi per le tre ipotesi possibili: 1° in mancanza di riservatari, tutti i beni; 2° essendovi ascendenti, la disponibile ordinaria, più l'usufrutto di tutta la parte indisponibile; 3° infine, essendovi discendenti, un quarto di proprietà, più un quarto d'usufrutto, ovvero la metà in usufrutto.

338. Ora che crediamo aver diroccato a pietra a pietra il sistema di Benech, Demante, Valette ec. ec., vediamo se il sistema contrario non poggi per avventura sopra basi incrollabili.

Ben vogliamo non invocare questo fatto, che i due art. 1094 e 1098 contengono un'esposizione completa e che regola tutte le ipotesi possibili della disponibile fra coniugi, il che già basterebbe per escludere ogni idea d'un ricorso da farsi ad altre parti del Codice. — Vogliamo altresì lasciar da banda l'art. 1099, il quale tuttavia ci sembra singolarmente imbarazzante pel sistema contrario. In fatti la legge, dopo aver determinato col nostro art. 1094 la disponibile d'un coniuge che non abbia figli d'un primo letto, e coll'art. 1098 la disponibile del coniuge che à figli d'un matrimonio precedente, dichiara coll'art. 1099, che « *i coniugi non potranno mai donarsi al di là di ciò che loro è permesso dalle disposizioni che precedono.* » Or egli sembra ben difficile ammettere che le parole *le disposizioni che precedono* non si riferiscano che all'art. 1098 da che si parla di più disposizioni; e non è men difficile credere che queste parole si riportino agli articoli 913 a 916 evidentemente troppo lontani da non potersi designare come fa il Codice. Ei ne par dunque certo che le disposizioni la cui disponibile non può mai essere ecceduta sono nè più nè meno i due art. 1094 e 1098. Ma lasciamo eziandio quest'argomento, e troveremo ancora nei lavori preparatori (senza contar neppure le parole del Berlier, *e non del secondo*, che già confutano sì bene l'opposto sistema) de' documenti perentori.

Dopo la comunicazione officiosa del nostro titolo al tribunato, questo propose formalmente il cambiamento del nostro secondo comma; domandava precisamente che si ammettesse il sistema oggi presentato dal Benech; e questa proposizione fu rigettata dal consiglio. — Il Benech tenta sfuggire alla conseguenza di questo fatto, dicendo che il nostro comma avea già il senso proposto dal tribunato e che solo trattavasi d'una redazione più chiara. Ma la risposta non è gran fatto opportuna; giacchè il motivo che la sezione dava alla sua domanda era questo: « La sezione *pensa esser giusto* che un coniuge POSSA DONARE all'altro *quanto potrebbe donare a un estraneo.* » L'udite? se la sezione propone questo cambiamento, non è già perchè il dritto pel coniuge di donare al suo coniuge quanto ad un estraneo sarà più chiaramente espresso, ma è perchè pensa che sarebbe giusto *di dargli questo dritto*, cui il progetto non gli dava; e questa domanda è respinta dal consiglio di Stato. Laonde, dopo il mantenimento diffinitivo della nostra disposizione e quando il progetto fu comunicato al tribunato officialmente, il rapporto fatto, *in nome della sezione che avea domandato il cambiamento* diceva: « Se rimangono figli del matrimonio, il coniuge NON *può avere* CHE il quarto in proprietà e un altro quarto in usufrutto, o la metà in usufrutto soltanto; *se la disposizione avesse ecceduto questi limiti*, VERREBBE RIDOTTA (1). » È egli chiaro abbastanza?

Da ultimo l'esposizione de' motivi riproduce nitidamente la stessa idea, non una, ma due volte di seguito. Dapprima, dopo aver detto che, quando il coniuge non lascia discendenza, può donare all'altro coniuge tutto ciò che donar potrebbe a un estraneo, e inoltre l'usufrutto del dippiù, soggiunge che « se lascia figli, le donazioni *NON potran comprendere che il quarto de' beni in proprietà* ec. Un po' più in là, svolgendo queste due idee, ci dice che, quando non vi sieno che degli ascendenti, siccome l'inquietudine e l'affetto di ciascun coniuge si portano allora piuttosto su quel dei due che sopravviverà che su i parenti i quali debbon succedergli, è un seguire il corso delle affezioni il lasciare al coniuge non pure la libertà di donare all'altro coniuge tutto ciò che potrebbe donare a un estraneo, ma altresì la facoltà d'aggiungervi l'usufrutto del dippiù; ma che la cosa sta altrimenti quando il coniuge lascia de' figli: *ancorchè egli si creda sicuro che l'altro coniuge farebbe della fortuna l'uso più proficuo a questi figli, siccome i doveri della paternità son personali, e il coniuge donante non gli adempirebbe ove ad un altro gli affidasse, EGLI NON POTRA'... LASCIARE ALL' ALTRO CONIUGE CHE... la quota fissata a un quarto di beni in proprietà* ec. Ed immediatamente

(1) Fenet, XII, p. 572 e 621; Riom 8 marzo 1812; Montpellier 8 febbraio 1813; Rig. 3 dicembre 1814 (Dev. 42, 2, 254; 43, 2, 220; 45, 1, 277). V. anche la nuova nostra osservazioni nella RIVISTA CRITICA (cercando nella tavola del tomo II, V. *Quota disp. tra coniugi*).

dopo si aggiunge: *Dopo aver così* LIMITATA *la facoltà di disporre*, più non restava ec. (1). Il punto di sapere se il nostro articolo sia o no *limitativo* non è più di fermo una quistione dopo tutto ciò.

Il pensiero della legge è dunque perfettamente certo, l'opinione degli onorevoli professori di Parigi, di Tolosa e di Strasburgo manifestamente inesatta; e con ragione i tre arresti resi sulla quistione dopo la pubblicazione del Benech e la conversione del Durantou àn pronunziato nel senso della maggioranza degli autori (2).

II. — 339. Pertanto il coniuge che muore lasciando de' figli à potuto donare all'altro coniuge, secondo autore di questi figli, sia col suo contratto di matrimonio, sia con un atto tra vivi fatto durante il matrimonio, sia per testamento, un quarto di proprietà, più un quarto d'usufrutto, ovvero una metà in usufrutto, e non à potuto donargli più che tanto.

A prima giunta non si comprende troppo quest'alternativa, il cui secondo membro è compreso nel primo e trovasi più stretto di quello: dire che io posso donare al mio coniuge un quarto d'usufrutto con un quarto di proprietà si è dire che posso donargli un quarto d'usufrutto con un altro quarto d'usufrutto e un quarto di nuda proprietà, in altri termini una metà d'usufrutto e un quarto di nuda proprietà; ma, se io posso donargli una metà d'usufrutto con un quarto di nuda proprietà, a qual pro dirmi poscia che posso donargli metà in usufrutto? La risposta che Delvincourt, Durantou (IX-788) ed altri molti àn cercato senza successo, trovasi, l'abbiam veduto, nei lavori preparatori del Codice. Si sa che l'articolo 17 del progetto Jacqueminot (di cui il nostro art. 1094 formava l'art. 151) fissava per le disposizioni d'usufrutto una quota interamente calcolata su quella della proprietà, di guisa che, comunque l'usufrutto valga assai meno della proprietà, della quale è uno smembramento, pure quegli che potea donare un terzo o un quarto di proprietà non poteva egualmente donare che un terzo o un quarto d'usufrutto puro. Onde la regola qui fermata pel coniuge era allora perfettamente analoga al sistema di quota disponibile ordinaria: questo coniuge poteva un proprietà donare *un quarto* (aggiugnendovi un quarto d'usufrutto); non potea donare in usufrutto che questo stesso quarto (aggiungendovi pur sempre l'altro quarto, il che faceva due quarti d'usufrutto o metà).

Siffatta regola, in quanto spetta la quota disponibile ordinaria, non è stata ammessa nel Codice; vi è stata sostituita dalla disposizione dell'art. 917, il quale permette al donante di donare in usufrutto tutto ciò che vorrà, salvo il dritto pe' suoi riservatari d'impedire l'esecuzione della liberalità, offrendo di dare in surrogazione tutta la piena proprietà disponibile. Ma, sopprimendo la regola del progetto per la quota disponibile ordinaria, la si è mantenuta fra coniugi nel nostro articolo, il quale, come si è veduto nel numero precedente, non fu mai dalla prima redazione modificato. Dunque il coniuge, che avesse ricevuto dal suo coniuge una liberalità in usufrutto de' due terzi, de' tre quarti o d'ogni altra frazione più forte della metà, non potrà esigere che i figli gli lascino intera la liberalità o gli abbandonino un quarto d'usufrutto con un quarto di piena proprietà; egli sarà tenuto a subire la riduzione della sua donazione o del suo legato d'usufrutto e ad attenersi a un usufrutto di metà.

Questo risultato, ben s'intende, non è ammesso dal Benech (p. 436 443). Movendo dal principio, di sopra confutato, che il nostro art. 1094 non mira che ad estendere in prò del coniuge la quota disponibile ordinaria, lasciando permesso per lui tutto ciò che lo è per estranei, è chiaro che il dotto professore dee far godere il coniuge donatario del benefizio dell'art. 917; egli è conseguente seco stesso. Non può dirsi altrettanto del Rolland de Villargues e del Dalloz, i quali si trovano qui d'accordo col Benech dopo aver professata la dottrina contraria alla sua, sulla gran quistione del numero precedente. La contraddizione di questi due autori si comprende, del resto, quando si vede che ànno trascurato d'andare a scrutare i lavori preparatori; chè, se l'avessero fatto, avrebbero veduto chè la regola dell'art. 917 non può prendersi isolatamente, che è ed è stata sempre nelle suo diverse fasi intimamente legata a tutto il sistema, e che la dottrina del Benech dev'essere o accettata pel tutto o pel tutto egualmente rigettata. Or noi abbiam dimostrato l'errore di questa dottrina (3).

III. — 340. Ma, che la liberalità fatta al coniuge soltanto in usufrutto non possa mai essere di più di metà de' beni, e che sarebbe riducibile a questa metà in caso di eccesso, non se ne può certo conchiudere che

(1 e 2) Fenet, XII, pag. 572 e 621; Riom 8 marzo 1842; Montpellier 8 febb. 1843; Rig. 3 dic. 1844 (Dev. 42, 2, 254; 43, 2, 220: 45, 1, 277). V. anche le nuove nostre osservazioni nella RIVISTA CRITICA (cercando nella tavola del t. II, v. *Quota disp. tra coniugi*).

(3) Confr. Proudhon *Usuf.* num. 316 Levasseur, num. 87; Coin Delisle, num. 8; Amiens 15 febbraio 1827; Bourges 12 marzo 1839; Augera 8 luglio 1840 (Dev. 39, 2, 373; 40, 2, 291).

bisogni restringere a questa metà in usufrutto, senza permettergli di prendere anche il quarto di nuda proprietà, il coniuge a cui l'altro coniuge avesse indefinitamente dichiarato di donare *ciò di cui la legge permetta di disporre*. Difatti gli è un donare tutto ciò che è disponibile, tutto ciò che si potrebbe abbracciare con la più ampia disposizione; e conseguentemente il coniuge donatario potrebbe prendere allora il quarto in piena proprietà e il quarto in usufrutto. L'opinione contraria è un errore evidente, e il Grenier, dopo averla egli solo professata nelle prime due edizioni, l'à poi ritrattata (num. 450) per venire nel sentimento comune.

Che se il coniuge avesse detto: « Dono o lego al mio coniuge un quarto de' miei beni in proprietà e un quarto in usufrutto, ovvero la metà di tutti i miei beni in usufrutto, » senza dire se al suo coniuge o ai suoi eredi intenda lasciar la scelta, non bisognerebbe dire d'un modo assoluto che la scelta appartenga agli eredi come fa il Duranton (IX — 791), nè al coniuge, come vuole il Vazeille (num. 11). Egli è evidente in fatti, come nota benissimo il Coin-Delisle (num. 11), essere questa una quistione d'intenzione, un punto di fatto, e che per tanto incomberebbe ai tribunali d'interpretare secondo le circostanze il pensiero del disponente.

IV. — 341. La è una quistione controversa quella di sapere se il coniuge che dona all'altro coniuge tutto l'usufrutto di cui possa disporre, essendovi eredi riservatari (cioè l'usufrutto della metà de'suoi beni in caso di figli; e in caso di ascendenti l'usufrutto de'beni a costoro riservati) può validamente dispensare questo coniuge dal fornire la cauzione dovuta per principio da ogni usufruttuario (1).

Per la validità si dice che la cauzione da fornirsi dall'usufruttuario non è dovuta per la natura stessa delle cose, ma solo per la volontà particolare del legislatore, per la regola positiva dell'art. 601-526, e che questa regola non essendo formolata se non pei caso che non v'è dispensa, poichè dice: « l'usufruttuario dà cauzione, se non ne è dispensato, » il fatto che la dispensa è accordata fa sparire la regola. Questa interpretazione dell'art. 601 ci sembra erronea. Di fermo l'articolo non dice che il debito di cauzione sparirà, purchè vi sia nell'atto una causa di dispensa; dice che sparirà se l'usufruttuario sia da quest'atto *dispensato*. Or precisamente i riservatari qui pretendono che la clausola di dispensa non è valida, che non può produrre effetto; che legalmente il coniuge *non è dispensato*. Bisogna dunque, se non si voglia fare un circolo vizioso lasciar da banda quest'argomento, e vedere con la scorta dei principi generali se la dispensa debba o no produrre il suo effetto. Or la negativa ci sembra non dubbia: infatti, dispensare un usufruttuario dal fornir cauzione si è esporre ad una ruina parziale o anche totale (massime per dei mobili) la nuda proprietà de'beni; or egli è patente che ad una simile eventualità si possono sottomettere i soli beni dei quali si à la libera disposizione; dunque la dispensa d'un disponente non può esser valida se non pe' beni la cui nuda proprietà non fa parte della riserva legale. Secondo questo principio che a noi sembra incontrastabile, la dispensa accordata al coniuge da un coniuge che, lasciando figli, non à donato che una metà in usufrutto, avrà il suo effetto *per un quarto*, cioè per metà della disposizione; dacchè *un quarto* di nuda proprietà era disponibile nelle mani del disponente.

Ma non occorre diciamo che la cauzione non sarebbe più dovuta, se l'erede del disponente fosse il figlio del beneficiario e questo figlio non avesse 18 anni. Allora in fatti non più come donatario prenderebbe l'usufrutto il coniuge, sibbene come usufruttuario legale; or che monta che la dispensa scritta nella disposizione sia nulla, quando l'usufruttuario ne trova un'altra scritta nella legge? certo non gliene abbisognano due... Beninteso, quando il figlio avrà 18 anni o quando il coniuge perda altrimenti il suo usufrutto legale, si rientrerà immantinente e per la durata ulteriore dell'usufrutto sotto la regola per noi indicata.

V. — 342. Sotto l'art. 1100, nel terminare la materia della quota disponibile fra coniugi, ci occuperemo delle difficoltà che fa nascere la combinazione di questa quota disponibile speciale con la quota disponibile ordinaria.

1098. [1052]. **L'uomo o la donna che, avendo figli di altro matrimonio, ne contragga un secondo o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo coniuge più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno, e tali donazioni non potranno, in verun caso, eccedere la quarta parte dei beni (2).**

(1) *Aff.* Delaporte, art. 1094; Orleans 19 dic. 1822; Rouen 13 giug. 1840; *Rig.* 17 magg. 1843 (Dev. 43, 1, 481),— *Neg.* Proudhon, *Usuf.*, n° 824; Duranton IV-811; Dalloz c. 1, S. 3; Zachariae, II, p. 9; Coin Delisle, n.° 12; Nancy 21 magg. 1821; Douai 20 mar. 1833 e 18 marz. 1812 (Dev. 33, 2, 196; 36. 2, 525; 43, 49).

(2) All'art. 1098 C. Nap. corrisponde il 1052 LL. CC., salvo solo che sen è tolto via l'inciso: *e tali donazioni non potranno ecc.*, per una necessaria conseguenza della riforma fatta intorno alla quota disponibile. Laonde pare indubitato fra noi che sino all'esaurimento della disponibile, non che abbia figli del primo letto può donare al nuovo con-

SOMMARIO.

I. Origine romana di questa disposizione — Si applica per un figlio o un discendente unico come per più. Non colpisce che le donazioni fatte al nuovo coniuge durante il nuovo matrimonio o in vista di questo: inesattezza del Toullier.
II. Come si calcola la parte del figlio men prendente.
III. Del caso in cui la persona che à figli si rimarita più volte.
IV. L'eccesso darebbe luogo a una semplice riduzione. Errore del Coin-Delisle.
V. La riduzione non può esser domandata che dai figli del precedente matrimonio, ma giova agli altri. Dissenso cogli autori.

I. — 343. I secondi e susseguenti matrimoni son sempre, e con ragione, stati guardati sfavorevolmente, in ispecie quando vi sieno figli d'una unione anteriore. Senza mai interdirli, i nostri diversi legislatori, per questo caso di figli d'un precedente letto, non àn temuto di ostacolarli per proteggere gl'interessi pecuniari di questi figli. Due leggi romane (*Feminae quae...*, *Hac edictali lege...*, C., l. V, t. IX, 3 e 6), seguite nelle nostre province di dritto scritto, avean vietato alle vedove con figli, l'una di donare ai loro nuovi mariti (ed anche d'alienare, salvo che a favore di essi figli) i beni provvenienti dal precedente marito; l'altra di fare ai nuovi mariti delle liberalità più forti della parte presa nella loro successione dal figlio men vantaggiato. Un editto di lug. 1560 conosciuto sotto il nome di *Editto delle seconde nozze*, rese queste due regole comuni a tutta la Francia. — Il Codice non à fatta rivivere la prima disposizione; ma il nostro articolo riproduce la seconda, accrescendo anzi la severità dell'editto; giacchè mai non permette che le donazioni eccedano il quarto dei beni. Questo articolo, per altro, à cura di metter l'uomo sulla stessa linea della donna e d'evitar così il vizio di redazione dell'editto, il quale parlava delle *donne vedove*, e dalla dottrina e dalla giurisprudenza era poi stato esteso agli uomini.

Benchè l'articolo parli di un uomo o d'una donna che abbiano *de' figli*, è evidente o tutti riconoscono che deve applicarsi per un solo figlio come per più, e pei nipoti o altri discendenti al pari che per figli del primo grado.

344. È manifesto altresì non trattarsi che delle donazioni fatte da una persona vedova (ed avente uno o più discendenti d'un precedente matrimonio) *al suo nuovo coniuge*, cioè a colui che è attualmente suo coniuge o col quale è divisata una prossima unione. . . Sarà tal fiata dubbio sapere se la donazione fatta prima del matrimonio sia stata in contemplazione di quello, chè due persone àn potuto farsi una liberalità e sposarsi di poi, comunque al momento della donazione non avessero alcuna idea di unirsi; anzi potrebbe darsi che appunto avessero fatta la donazione fuori del contratto di matrimonio e prima di quello per frodare la legge e schivar la regola del nostro articolo. Egli è chiaro che in questo caso di dubbio altro mai non vi sarà che una quistione di fatto, cui i tribunali deciderebbero a norma delle circostanze: « Anno queste persone o no fatta la donazione in vista del matrimonio che più tardi àn contratto?» Del resto, non vuolsi obbliare che la presunzione è sempre in favor della buona fede, non mai per la frode; e noi non avremmo pur pensato a qui rammentare questo principio elementare, se non leggessimo nel Toullier che il nostro articolo si applicherà « o che la donazione sia stata fatta durante il matrimonio o per contratto di matrimonio, *o anche prima*; *tranne che le circostanze mostrassero la buona fede* (V-876). » Egli è aperto che bisogna rovesciare questa proposizione e dire che l'articolo *non s'applicherà* alle donazioni fatte prima del matrimonio, *tranne che le circostanze mostrino la mala fede*. Ben è vero che il breve intervallo di tempo sarebbe una circostanza che potrebbe da sè sola bastare per far vedere la mala fede; ma non è men vero che la buona fede dee sempre presumersi e produrre i suoi effetti sinchè non sia provata la mala fede.

II. — 345. La legge permette di dare al nuovo coniuge una parte di figlio che meno prenda, purchè d'altronde la donazione non ecceda il quarto de' beni.

Primamente, si può donare *una parte di figlio*, il che significa che il nuovo coniuge può esser contato per un figlio di più. Così il coniuge che lascia morendo quattro figli à potuto donare alla sua seconda moglie, non un quarto, ma un quinto. Infatti, poichè i quattro figli e la moglie prendono così un quinto ciascuno, la moglie avrà veramente una parte di figlio; laddove, se prendesse un quarto, non rimanendo più che tre quarti da dividersi fra i quattro figli, ciascun di essi avrebbe meno della moglie; la quale pertanto riceverebbe più d'una parte di figlio. Giusta questo principio, il coniuge potrà ricevere un quarto con tre figli, un sesto con cinque, un settimo con sei e così via.

Ma non si può donare che una parte di figlio *il meno prendente*. Se dunque uno o più de' figli sieno vantaggiati con una precapienza, talchè questi diversi figli abbiano parti ineguali, il nuovo coniuge non potrà mai avere più di quello dei figli che meno abbia. Così, supponiamo sei figli o 80,000 fr. di patrimonio;

inge e, morendo questo, a un terzo coniuge, purchè le varie donazioni riunite corrispondano alla quota del figlio legittimo che prenderà il meno e non eccedano la metà dei beni che la legge gli lascia disponibile. *Il Trad.*

il padre, che può disporre d' un quarto o di 20.000 fr. (art. 913), non potrebbe donarne 5,000 ad un de' suoi figli e 15,000 alla sua seconda moglie, chè in tal modo, uno de' figli avendo 15.000 fr. e ciascuno degli altri cinque solo 10,000, la moglie, prendendone 15,000, avrebbe quanto quello dei figli che è più vantaggiato. Se il padre vuol disporre de' suoi 20,000 fr., non può donarne che la metà alla moglie, usando a sua posta gli altri 10,000. È evidente, per altro, che la parte del figlio men prendente, la quale non può essere oltrepassata dalla liberalità fatta al coniuge, non è quella che un figlio *potrebbe* avere *in fatto*, ma quella *che deve avere* secondo la legge; se ad un figlio piaccia contentarsi di un valore minore della sua parte di riserva, sta pure a lui; e i dritti del coniuge non possono soffrirne.

In fine è duopo che la liberalità mai non ecceda *il quarto dei beni*. Così un padre, che lascia 60,000 fr. e due figli, non potrebbe, attribuendo a ciascuno di quelli 20,000 fr., donare gli altri 20,000 alla sua seconda moglie; chè così ella avrebbe il terzo de' beni: il più che possa allora donarle si è 15,000 fr.

346. Per fissare la parte di figlio è ben chiaro non doversi computare soltanto i figli del primo letto, ma tutti i figli che lascia il donante; talchè non al momento che fa la donazione, ma sol dopo la sua morte si sa ciò che à potuto donare. Reciprocamente, se de' figli esistenti al tempo della donazione si trovassero defunti al tempo della morte del coniuge, o non fossero rappresentati nella successione da'propri discendenti, punto non conterebbero. Sarebbero però come non morti allorchè venissero de' nipoti a rappresentarli. Aggiungiamo che, se, essendo morti tutt' i figli del primo grado, i nipoti, in luogo d' usar la rappresentazione, venissero in nome proprio, la seconda moglie avrebbe pur sempre dritto a ciò che avuto avrebbe, se i figli fosser vissuti. Supponiamo tre figli che premuoiano, lasciando ciascuno due nipoti; i sei nipoti non potrebbero (dicendo che vengono in nome proprio a prender ciascuno la loro parte uguale della successione) pretendere che la moglie aver non debba che un settimo: costei avrà sempre dritto a un quarto, e i sei nipoti si divideranno gli altri tre quarti. Ella infatti à dritto ad una *parte di figlio* e non ad una di nipote, se la morte de' figli non aumenta il suo dritto, e la disponibile del padre almeno non può diminuirlo (V. art. 913; n.° I).

347. Ei ci sembra evidente, ad ogni modo, che tra questi figli o discendenti non si conterebbono quelli che fossero eliminati dalla successione come indegni, nè quelli che rinunziassero. La è una conseguenza del principio che abbiamo stabilito sotto l' art. 913 n.° V. che i discendenti rinunzianti non debbon mai contare pel calcolo della quota disponibile e della riserva. Vero è che i rinunzianti erano ammessi un tempo, anche nei paesi di consuetudine, a reclamar la riserva speciale dell' *Editto delle seconde nozze*, epperò contavano per fissar la parte da prendersi dal coniuge donatario, benchè queste consuetudini, in altra congiuntura, ricusassero a' rinunzianti la riserva. Ma nulla evvi a conchiudere da ciò pel nostro Codice civile, malgrado l'opinione contraria di Chabot (*Quist. trans.*) e di Grenier (n.° 703).

E per fermo, si sa che il dritto romano, già seguito ne' paesi di dritto scritto, riguardava la riserva, non come una parte della successione dovuta al figlio erede, in quanto erede, ma come un dritto speciale appartenente al figlio per la stessa sua qualità di figlio. La riserva particolare creata dalla legge *Hac edictali* fu dunque sottomessa a questo principio generale; e, come l' *editto delle seconde nozze* non fece che estendere ai paesi di consuetudine la regola della legge *Hac edictali*, quei paesi accettarono tal regola quale esisteva o senza sommetterla a' principi della riserva ordinaria... Oggi che la nostra legislazione più non riconosce nè dritto romano nè editto, oggi che le diverse disposizioni della legge, qualunque sia la lor prima origine, àn tutte lo stesso valore, discendon tutte dalla medesima autorità e s' armonizzano fra loro con una perfetta omogeneità, è chiaro che la riserva organata per questo caso particolare non può avere un' altra natura dalla riserva ordinaria; e poichè questa non è dovuta che agli eredi (come abbiam provato sotto l' art. 913, n.° IV), dunque soltanto quando il figlio si costituisce erede può reclamare quella di cui si tratta quì e allora bisogna noverarlo per fissare la porzione disponibile verso il secondo coniuge.

348. Si comprende, del resto, che la porzione di beni che il nostro articolo dichiara disponibile pel nuovo coniuge può essergli attribuita per donazione o per testamento, a titolo particolare o a titolo universale, con donazione di beni presenti come con donazione di beni futuri. Così, quando io ò quattro figli, posso validamente donare o legare alla mia seconda moglie, vuoi *una somma* di danaro, rappresentante il valor del quinto de'miei beni, vuoi *la tal cosa* o il tal podere o il tale altro oggetto, il cui valore non ecceda questa medesima frazione, vuoi determinatamente *il quinto* del mio patrimonio, vuoi infine indeterminatamente *una parte di figlio*. Ne' primi due casi la disposizione è a titolo particolare; negli altri due è a titolo universale. Nel terzo caso l' oggetto della liberalità è immediatamente fissato, e benchè dovesse forzosa-

mente diminuire se mi sopravvenissero nuovi figli e la mia successione fosse accettata da cinque o sei anzichè da quattro, non potrebbe tuttavia aumentare, e non sarebbe sempre che del quinto, ancorchè si trattasse d' un testamento ed io non lasciassi alla mia morte che uno o due figli o anche nessuno; ciò è evidente, poichè io ò dichiarato soltanto di donare *un quinto* della mia fortuna. Quando, all' incontro, ò dichiarato di donare *una parte di figlio*, è chiaro che, se l' obbietto della disposizione può diminuire, può reciprocamente anche aumentare: e la mia seconda moglie, la quale non avrà che un quinto, se i miei quattro figli mi sopravvivano e accettino la mia successione, e che avrebbe ancor meno, se questo numero di figli eredi aumentasse, avrebbe per l' opposto un quarto, ove uno ò più dei miei quattro figli venissero a mancare.

Che se, in questo stesso caso, tutti i miei figli morissero prima di me o rinunziassero alla mia successione, qual sarebbe l' effetto di questa disposizione d' una parte di figlio? È chiaro che più non vi sarebbero parti di figli, dacchè non vi sarebbero più figli; ma, siccome il dono d' una *parte di figlio* non può mai aver un significato più esteso di questo: *la parte più ampia che un secondo coniuge possa avere, essendovi figli di un letto precedente*, questo coniugo non avrebbe sempre che il quarto. Beninteso, sarebbe altrimenti, ove il disponente avesse donato tutto ciò che si trovava disponibile alla sua morte; se in tal caso non vi fossero che figli del matrimonio e niun figlio del letto precedente, il coniuge avrebbe un quarto in proprietà, più un quarto in usufrutto; e, se non restassero figli di nessun letto, il coniuge prenderebbe tutti i beni disponibili a favor d' estranei e l' usufrutto degli altri (art. 1094).

Queste, del resto, son prette quistioni d'intenzione. Così nel caso d'una disposizione avente ad obbietto *la disponibile* o *una parte di figlio*, se il disponente non avesse parlato formalmente e se i tribunali decidessero in fatto ch'egli à soltanto inteso parlare della porzione che trovavasi disponibile al momento che parlava, o d' una parte di figlio quale sarebbe secondo lo stato attuale della famiglia, è aperto che il coniuge gratificato non potrebbe aver mai nulla al di là. Egualmente giusta i termini della disposizione e in fatto si deciderebbe nel caso di una donazione fatta tra vivi e col contratto di matrimonio, se la donazione sia di beni presenti e indipendente dalla condizione di sopravvivenza (art. 1092) o soltanto di beni futuri e sottomessa alla caducità per la premorienza del donatario (art. 1089 a 1093).

349. Un' ultima osservazione importante da farc su questa parte del nostro articolo si è che il coniuge donatario o legatario di una parte di figlio o d'una frazione determinata de' beni, avrà necessariamente, per fissare l' importanza della porzione a cui è chiamato, il dritto di comprendere nella massa tutti i beni soggetti a collazione. Così il defunto lascia tre figli e un coniuge donatario del quarto de' suoi beni, egli muore proprietario di 100,000 fr., ma ne à donati 60,000 a due de'suoi figli senza dispensa da collazione: è chiaro che il coniuge potrà prendere il suo quarto, non pure su' 100,000 fr. residuali della successione, ma sì sui 160,000 fr. che realmente formano la massa divisibile. In vano gli si opporrebbe l'art. 857, il quale dichiara che chi non sia erede non può domandare la collazione nè profittarne. No certo, il donatario non potrà domandare la collazione; e, se i beni restanti alla morte fossero insufficienti per formare il suo quarto, non potrebbe esigere che si facessero le collazioni per completarglielo. Senza dubbio ancora non potrebbe egli profittar della collazione fatta per conseguir questo quarto. Ma potrà, senza domandar che la collazione si faccia, nè profittare della già fatta, argomentarne, per calcolare il suo quarto e dargli tutta l'estensione che aver debbe (V. art. 857, n.° III).

III. — 350. Egli è un punto controverso, e infatti delicatissimo, quel di sapere come abbia a intendersi la regola del nostro articolo, quando vi son più matrimoni successivi del coniuge avente figli d' un primo letto.

Il Duranton (n.° 804) pensa che la quota fissata dall' articolo può esser donata per intero *a ciascuno* de' sussegnenti coniugi; purchè, beninteso, la riunione di queste varie donazioni (aggiuntevi ancora, già s'intende, le donazioni che avesser potuto esser fatte ad altre persone) non ecceda la disponibile ordinaria dell' art. 913. Così colui, che, avendo un figlio del suo primo matrimonio, doni un quarto della sua fortuna alla sua seconda moglie, potrebbe ancora, se non abbia fatte altre disposizioni, donare un secondo quarto a una terza moglie. — Tutti gli altri autori, per l'opposto, insegnano che i coniugi successivi non possono ricevere tutt'insieme che la quota quì determinata. Onde nella specie anzidetta la terza moglie non potrebbe ricever nulla dopo che la seconda à ricevuto il quarto che forma il *maximum* di tal quota. Del pari quegli che à donato alla sua seconda moglie una parte di figlio (un quinto con quattro figli, un sesto con cinque ecc.), nulla più donar potrebbe alla terza.

Checchè siasene potuto dire da una parte e dall' altra, ci ne sembra certo che niuno di questi due sistemi può essere nè appoggiato, nè combattuto col testo del nostro articolo, e

che vuolsi cercare altrove il pensiero del legislatore.

351. Innanzi tratto, il Duranton fa notare invano che la legge permette a colui il quale contrae un secondo o *susseguente* matrimonio di donar la quota di cui si tratta *al suo novello coniuge*. Senza dubbio la legge parla d' un secondo o *susseguente* matrimonio, chè il caso può egualmente presentarsi per una terza o una quarta unione, e parla altresì di donare questa quota tutta intera a un sol coniuge (terzo o secondo, poco monta); ma non sottintende naturalmente la legge che cotal quota non sia già esaurita ?. . . Il testo parla di donar tutta la quota a un sol coniuge, è vere; suppone che questo coniuge esser può il terzo o il quarto, come il secondo, è vero ancora. Ma avvertite che questo testo suppone altresì *fatta una sola volta* cotesta donazione del tutto a un sol coniuge; giacchè non parla di secondo *e* di susseguente *matrimonio* per permettere d' attribuir la quota *a ciascun* nuovo coniuge. . . Sicchè nulla evvi ad indurre da' termini della legge in favor di questo primo sistema. »

Il Demante, all'opposto, à pensato che il testo bastasse per condurre a una diversa soluzione, e, senza pronunziarsi sul secondo sistema (che sol pone in quistione come tutt' i punti controversi), trova che i termini della legge almen bastano per rigettar quello del Duranton. « Qualsivoglia partito si prenda su tal quistione, dic' egli, i nuovi coniugi non potran mai tutti insieme ricever più del quarto; dacchè la legge sopponendo più donazioni, vuol che queste in niun caso eccedano il quarto » (t. II, n.° 512 4.°). Cotalchè secondo il dotto professore, la fine del nostro testo troncherebbe la metà della quistione, sarebbe stabilito formalmente che i coniugi successivi mai non posson ricevere complessivamente oltre il quarto; e il solo punto in litigio sarebbe di sapere se tottavia non possono avere, tutti insieme, al di là d' una parte di figlio. Se si rispondesse affermativamente, si avrebbe un terzo sistema, intermedio fra quel di Duranton e quello degli altri autori: con sei figli, per esempio, il coniuge che à donato alla sua seconda moglie il valore d'una parte di figlio, ossia il valore di un settimo de' beni, potrebbe ancora donare alla terza la differenza d'un settimo a un quarto. Ma l' interpretazione che dà il Demante alle parole *in niun caso queste donazioni* non ci par meglio fondata di quella che abbiamo rigettata per le parole *un secondo o susseguente matrimonio. . . al suo nuovo coniuge*. È di fermo, se le parole *queste donazioni* possono significare più donazioni fatte da *un sol coniuge* a diversi coniugi, come avvisa il Demante, possono significare eziandio (esprimendo in plurale la medesima idea che il principio dell' articolo à espresso in singolare) le donazioni che faranno a' loro nuovi coniugi *tutti i coniugi* che passino a nuove nozze: *queste donazioni*, *questa specie di donazioni*, *le donazioni fatte nel caso onde si è parlato*. Del pari se le parole *in niun caso* possono alludere al caso di più donazioni d' uno stesso coniuge a diversi coniugi, e significare che il quarto non potrà eccedersi per coteste donazioni fatte a più, come non potrà per quella fatte a un solo, possono altresì non alludere che al caso in cui la parte di figlio fosse di più del quarto ed esser messe pur come restrizione alla regola che permette di donar qoesta parte di figlio. Il qual secondo senso è evidentemente possibile; e questa sola possibilità basterebbe per metter tutto in quistione e far cadere la certezza che credea poter offrire il Demante.

Ma questo secondo senso è più che possibile; è probabilissimo, è quasi certo; poichè l' ultima frase dell' articolo vi fu inserita sulla domanda del Berlier e questi lo domandò unicamente per ristringer la regola principale relativa alla parte di figlio e per impedire che il secondo coniuge avesse mai più del quarto (Fenet, XII. p. 417 e 439). L'esposizione de' motivi a sua volta intende le parole, *queste donazioni* come esprimenti le liberalità che de' coniugi facciano a un sol nuovo coniuge e non quelle che un coniuge faccia a più coniugi successivi : « È stato assodato che *le donazioni* in favor *del nuovo coniuge* non potranno eccedere una parte di figlio, e che *in niun caso queste donazioni...* » (p. 573) Nulla dunque autorizza a pensare che, aggiungendo posticipatamente la frase finale dell' articolo, i redattori abbiano pensato all' idea che lor suppone il Demante; anzi tutto mena a credere il contrario.

352. Epperò riconosciamo che il dissidio fra il Duranton e gli altri interpetri del Codice non trova alcun elemento di decisione nel testo, come non ne trova ne' discorsi del consiglio di Stato, del tribunato o del corpo legislativo; riconosciamo esser questo un dei casi in cui i redattori non àn pensato a dire ciò ch' era indispensabile di dire; che il nostro articolo non parla realmente se non delle donazioni fatte a un sol coniuge e che lascia indecisa la quistione per quelle che a più successivamente s' indirizzano. Precisamente questo silenzio assoluto de' compilatori ci à fatto dire che questo punto è delicatissimo.

Ma in ultima analisi è pur forza, in questo assoluto silenzio, indagare il pensiero della legge e, in mancanza d'un pensiero certo, appigliarsi a quello che parrà più probabile. Or questo pensiero della legge ci sembra es-

sere che la quota del nostro articolo non potrà mai esser donata se non una volta sola, sia ad un sol nuovo coniuge, sia a più, e che le parole *al suo nuovo coniuge*, come le parole *il figlio naturale* nell'art. 757 abbracciano e il singolare e il plurale.

Ecco quel che motiva la nostra convinzione. Questa regola era quella dell'antico dritto, dell'Editto delle seconde nozze, ed ei ne par naturalissimo che i nostri redattori abbian inteso conservarla. Noi lo crediamo: 1° perchè, se avessero voluto mutar questo punto, s'incontrerebbe in qualche luogo, sia nel Codice, sia nel testo dei lavori preparatorii, la manifestazione di tal volontà, 2° perchè non è verosimile che si sia così voluta ampliare l'antica disponibile, allorchè la si ristringeva, non permettendo di donar la parte di figlio quando eccedesse un quarto, 3° infine perchè, in mezzo al silenzio de'redattori, s'incontra però una parola che lascia trapelar questa intenzione di continuare su tal punto la regola preesistente: l'Esposizione de' motivi ci dice che « si è *mantenuta* questa savia disposizione » (Fenet, XII, 573 (1).

IV. — 353. La liberalità che ecceda la quota permessa dal nostro articolo non è nulla come fatta da persona incapace; è soltanto riducibile alla morte del disponente, se questi esista alla morte de' figli del letto precedente accettanti la successione.

Difatti il nostro articolo non costituisce una regola di capacità, uno statuto personale.... Si è veduto sotto l'articolo 3 (n° III e IV) che, per distinguere se una legge sia reale o personale, bisogna non tener verun conto dei suoi termini, della sua dicitura, e ricercar nel fondo delle cose qual sia lo scopo diffinitivo che si à proposto il legislatore. Or egli è ben chiaro che qui lo scopo diffinitivo, l'idea capitale, non è già di rendere i nuovi coniugi incapaci di donarsi al di là della tal frazione, posciachè, togliendo di mezzo i figli, li troviam capaci di donarsi *più che ad estranei*, e togliendo tutti gli eredi riservatari, li troveremo capaci di donarsi *tutt'i loro beni*. Qui dunque non si tratta, come nell'art. 908-824, come negli art. 913 a 916-829 a 832, che della disponibilità de' beni e della conservazione di questi beni a certi eredi. È dunque uno statuto reale. Che rileva che l'articolo dica *l'uomo o la donna non potrà donare*, posto che i termini sono indifferenti? forsechè l'articolo 908 non dice anche: *i figli naturali non potran ricevere*?... Cade dunque in un grave errore il Coin-Delisle, quando dice (num. 2) esser questa una legge personale, atteso « che è concepita in termini negativi che riferisconsi alla persona. »

Se fosse una legge personale, una regola di capacità, ne seguirebbe che, nel caso d'eccesso, il coniuge à donato quel che era incapace di donare, che à fatta una donazione ch'era incapace di fare, e che tal donazione è e rimarrà nulla, checchè possa intervenire di poi. Al contrario, essendo questa legge reale e presentando una regola di disponibilità de' beni, menerà all'applicazione dell'art. 920-837, giusta il quale l'eccesso dà luogo ad una riduzione, la quale non dee farsi che al momento della morte e secondo lo stato della famiglia in quel momento. Un'altra conseguenza della *realità* di questa regola è che dovrà applicarsi a tutt'i beni francesi, ancorchè appartenessero a stranieri; e che all'opposto non si applicherà ai beni stranieri, quandanco a Francesi appartenessero (art. 3, num. III).

V. — 354. Poichè la restrizione della disponibile statuita dal nostro articolo per la donazione fatta al nuovo coniuge non è stabilita che pel caso di figli del letto precedente, ne segue che, se questi figli fossero premorti o morti civilmente, la riduzione non sarebbe più possibile. Dicasi lo stesso pel caso che tutt' i figli rinunziassero alla successione del donante, dacchè, non essendo più eredi, non avrebbero più riserva da reclamare: si è veduto (num. II, com. 6) che la regola diversa dell'antico dritto, la quale accordava la riduzione a' figli per la loro qualità di figli e prescindendo dal titolo di erede, non può esser ammessa sotto il Codice.

In quanto a' figli del matrimonio nel quale o in contemplazione del quale si è fatta la donazione, non posson mai domandare la riduzione, dacchè non è stabilita che pe' figli d'un letto precedente. Vero è che, se questi la domandano, gli altri necessariamente ne profitteranno, attesochè questa riduzione farà rientrare i beni nella successione, e questa successione si divide egualmente tra tutti i figli del defunto, di qualunque letto sieno (art. 745-667). Ma se i figli del nuovo matrimonio nella lor qualità di eredi àn dritto di prender la loro parte de' beni prima donati, quando questi beni son riuniti nella successione, punto non ne segue che s' abbiano il dritto di farveli mettere. Per farveli entrare, convien far operare la riduzione della donazione; per far operare cotal riduzione, bisogna impugnare la donazione co-

(1) *Conf.* Delv. Toull. (v. 882); Grenier (n.° 712), Vazeille (n.° 10); Merlin (*Rep.*, v. *Secondes nozze*, § 7, art. 3); Buguet su Pothier (VIII, p. 138).

me eccessiva; ma, per criticare una liberalità come eccessiva, è chiaro che vuolsi essere del numero di coloro a prò de' quali sono stati imposti i limiti, e noi riguardiamo come un errore la dottrina contraria della piupparte degli autori (1).

Indarno dicesi, non dover dipendere dai figli del primo letto d'annichilire i dritti degli altri col rinunziare all'azione. Io posso sempre rinunziare a un' azione per me solo stabilita; e, in quanto a' vostri pretesi dritti, la mia rinunzia punto non gli annienta, mercecchè non esistono e non nascerebbero che dopo compiuta la riduzione. Invano ancora si dice che sarebbe da temer forse la frode e che sarebbe troppo facile la connivenza tra i figli del primo letto e il secondo coniuge. Imperocchè i principî del dritto non possono infrangersi innanzi alla possibilità della frode, ma soltanto innanzi alla frode stabilita. Quando il giudice, valutando i fatti, interrogando le probabilità delle circostanze, dichiarerà che vi à frode, manco male, potrannosi autorizzar i figli del secondo letto ad agire; ma accordar loro l'azione per principio ci sembra cosa impossibile. Epperò l'art. 1496 — T., prevedendo dei vantaggi indiretti fatti a un coniuge oltre i limiti del nostro articolo, dichiara che, in questo caso, *i figli del primo letto* avran l'azione di riduzione.

1099. [1053]. I coniugi non potranno indirettamente donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni (2).

Sarà nulla qualunque donazione, o simulata o fatta ad interposta persona.

SOMMARIO.

I. Tra coniugi le liberalità indirette son valide, salvo riduzione alla quota disponibile; ma quelle fatte mercè una simulazione d'atto oneroso o d'una interposizione di persone son nulle.
II. Critica della dottrina contraria di Duranton e di Coin-Delisle.
III. Il nostro articolo si riferisce al 1094 come al 1098.

I. — 355. La legge, come abbiam già fatto notare sotto l'art. 851, num. 1, distingue le donazioni indirette da quelle mascherate sotto la forma di un contratto oneroso o fatte con interposizione di persone. Senza fallo potrebbonsi sotto tal nome di *donazioni indirette* abbracciare tutte le liberalità che si fanno per una via obliqua, per un mezzo sbieco qualsiasi; talchè questa espressione si applicherebbe non meno a' doni dissimulati o fatti per interposte persone che ad ogni altro. Ma tal non è il linguaggio del Codice: esso attribuisce il lor nome speciale alle liberalità che celansi sotto l'apparenza d'un contratto oneroso, come a quelle che si fanno mediante un'interposizione di persone; e lascia il nome di donazioni indirette alle sole liberalità che, senza annunziarsi francamente e apertamente come tali, si compiono però altrimenti che per una di queste due vie.

E il nostro articolo non si contenta di dare a queste varie classi di liberalità delle qualificazioni diverse; ma le tratta pur diversamente in quanto a' loro risultati. Le semplici donazioni indirette saranno soltanto *riducibili* alla misura della disponibile indicata dagli articoli precedenti; ovechè quelle occultate sotto la forma d'un atto oneroso o con interposizione di persone son *nulle*. Così, quando quegli, che non potea donare a sua moglie più di 20,000 fr., le à venduto per 50,000 un fondo che ne valeva 80,000 e così le à indirettamente donati 30,000 fr., questo dono verrà ridotto d'un terzo. Che se per converso, avesse dichiarato di venderle una casa che le donava, o se avesse donata questa casa al padre di sua moglie, perchè questi a lei la trasmettesse, la donazione rimarrebbe senza effetto, ancorchè la casa donata non valesse più di 20,000 fr. La legge, come provano e l'art. 1094 e il 1096 e il 1100, à soprammodo temuta l'influenza de' coniugi l'un sull'altro; à pensato che la simulazione dell' atto oneroso e l'interposizione delle persone, che sono i mezzi di frode più ordinari, non mancherebbero d'essere spesso ed ampiamente adoperate fra coniugi; e per istornarne questi con maggior efficacia, à energicamente dichiarato che la donazione in tal caso resterebbe senza effetto di sorta: *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat*. Sicchè queste donazioni mascherate o fatte con interposizione, le quali per chiunque altro restan valide entro i limiti della disponibile, fra coniugi saranno sempre nulle.

Cotale severità è ancor utile come quella che impedisce a' coniugi di farsi, mercè una simulazione d'atto oneroso o un' interposizione di persone, delle liberalità che si trovassero irrevocabili contro il voto dell'art. 1096-1050. Non si dica, infatti, col Coin-Delisle (n. 5) e con un arresto di Parigi (citato più giù) che questo caso si trovi compreso nel 1° comma del nostro articolo, il quale, dicesi, vietando a' coniugi di donarsi per verun mezzo al di là di ciò che è permesso dalle *disposizioni che precedono*, si riferisce non meno all' art. 1096-1050 che agli art. 1094

(1) Grenier, n° 698; Toullier, n° 879; Duranton, n° 817; Vazeille, n° 3; Coin-Delisle, n° 8.

(2) Tra questi articoli non avvi alcuna divergenza, *Il Trad.*

e 1098-T. e 1052. Il contrario anzi è evidente: egli è evidente che donare *al di là di ciò che è permesso* si è donare una quota più forte della disponibile: colui che procaccia al suo coniuge una liberalità la quale non ecceda la disponibile, ma che le circostanze rendessero irrevocabile, viola la legge, donando altrimenti che non potea donare, ma non donando *al di là* di ciò che potea donare. Dunque se le donazioni che mediante la dissimulazione dell'atto o l'interposizione di persone violino la regola dell'art, 1096, si trovan represse, nol sono già dal nostro primo comma, sibbene dal secondo.

II. — 356. Non tutti però ammettono la nostra dottrina. Il Duranton (IX — 831) e il Coin-Delisle (num. 14 a 26) insegnano che le liberalità fatte tra coniugi mercè una interposizione di persone o una simulazione d'atto oneroso non son nulle, ma solo riducibili come ogni altra. Dicono che le donazioni onde parla il nostro secondo comma sono evidentemente anche donazioni indirette; che pertanto son comprese nella disposizione generale del primo comma, il quale ne ammette l'efficacia sino a concorrenza della disponibile; che il secondo comma non intende dichiararle nulle che per quello eccede la disponibile e che in fin delle fini esso non è che la spiegazione e lo sviluppo del primo comma.

Ma, se questo secondo comma avesse soltanto dovuto riprodurre identicamente la regola del primo, perchè mai lo si sarebbe scritto? perchè nel medesimo articolo la medesima regola due volte in due commi successivi? Ed ora perchè dire che la donazione sarà *nulla*, se si fosse soltanto voluto dire che sarebbe riducibile e soggetta a riduzione? Il Codice à mai usate le espressioni *nullo, nullità, annullare* per indicar dei casi di riduzione? Leggansi gli art. 920 a 930-837 a 847, 1496, 1517, 1595-1140 e tanti altri e vi si vedrà che i redattori non v'impiegano mai altri termini che *retrancher* o *reduire*. Evidentemente, quando il Codice ci à detto in una prima disposizione che i doni fatti indirettamente non varranno che nella misura della disponibile, è chiaro che intende dir altra cosa aggiungendo che quelli fatti per simulazione di un atto oneroso o per interposizione di persone saranno nulli.

357. Invano si farebbe osservare col Duranton e col Coin-Delisle che l'art. 911 anche si serve della parola *nulla* per la liberalità fatta (per simulaziòne d'atto oneroso o per interposizione di persona) a un incapace; e che nonostante tutti ben riconoscono che la nullità in tal caso non à necessariamente luogo pel tutto, ma soltanto per ciò che eccede la capacità del donatario. Fuor di dubbio sarà nulla in questo caso la liberalità entro il limite dell'incapacità del donatario, e rimarrebbe valida, per esempio comechè fatta al medico o al ministro del culto, se fosse d'un valor modico (articolo 9091-825); la cosa è chiarissima, dacchè l'art. 911-827 non dichiara nulla la disposizione che qualora s'indirizzi a un incapace, e il donatario non è più un incapace per quello che può ricevere. Ma quì la donazione mascherata o fatta mercè interposizione è dichiarata nulla in quanto s'indirizza a un coniuge, ed è aperto che, se vi son limiti, gradi, se àvvi un più e un meno nell'incapacità, non ve n'è nella qualità di coniuge. Daltronde e per quanto concerne i termini dell'art. 911-827, si comprende che parli di disposizioni *nulle*, posciachè non parla che di disposizioni fatte a pro d'un *incapace*; che quindi la sua redazione prevede soltanto il caso di *incapacità* delle persone (art. 906, 907, 909, 910 822, 823, 856, 826) e che unicamente per estensione e per analogia lo si applica al caso di *indisponibilità* de' beni, di riducibilità (art. 908 — 824). All'incontro, la redazione del nostro secondo comma non si spiegherebbe nel sistema che combattiamo, nel quale non si tratterebbe che di riduzione, sicchè sarebbe impossibile dire: la disposizione sarà *nulla*.

Se i nostri avversarii coll'invocare l'articolo 911 non offrono alcun che di concludente, non fanno migliore prova quando pretendono che il nostro 2° comma rientri necessariamente nel primo, e che sarebbe onninamente impossibile trovare un caso di liberalità indiretta che non sia fatta o mercè interposizione di persone, o mercè simulazione d'un atto oneroso. Allorchè mia moglie separata di beni, talchè à il libero godimento delle sue rendite (art. 1536), riceve da me *di mano a mano* una somma di danaro che potrà impiegare come proveniente dai suoi risparmii, ove sta l'interposizione di persone o la simulazione d'atto oneroso?.. Quando io sposo una seconda moglie senza fare verun contratto (e pertanto sotto il regime della comunione legale giusta l'art. 1400), e le successioni, mobiliari che poscia mi scadono e di cui la legge attribuisce a lei la metà, le procacciano de'vantaggi più o men grandi, in che ho io fatta la donazione *mascherata* di cui parla il nostro comma?..... Quando ho fatto con questa seconda moglie un contratto, le cui clausole ànno avuto per risultato di procacciarle un benefizio, ma che io ò consentito senza verun idea di vantag-

giarla, come dirò ancora che lo le ò falta una donazione mascherandola ?... Quando ò fatto a mia moglie la vendita d'uno dei miei beni, vendita seriissima, comunque consentita per un prezzo di lunga mano inferiore al valore reale, non è già questa una donazione fatta *sotto l'apparenza di una vendita*; non àvvi semplice apparenza di vendita, ma una vendita ben reale, nella quale nulla abbiam dissimulato, nulla mascherato.

Non ci à dunque in questi varî casi nè interposizione di persone nè simulazione di atti onerosi: più dunque non è il caso del nostro secondo comma, è il caso del primo; questo intende il codice per i vantaggi procurati indirettamente e che sono soltanto riducibili. Laonde gli ultimi tre casi che abbiam presentati son preveduti in appositi articoli, i quali dichiarano, che allora vi sarà luogo a riduzione (art. 1496, 1527, 1595).

In fine l' opposto sistema non si difende meglio col soccorso che i suoi caldeggiatori vanno a cercare nell' art. 843 — 762. Questo articolo, dicesi, intende a chiare note abbracciare tutte le liberalità possibili quando obbliga l' erede a conferire alla successione « tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto direttamente *o indirettamente*; » e quindi i doni indiretti abbraccian pure tutte le liberalità non fatte con un atto aperto e formale, e per conseguenza quelle che si fanno mercè simulazione d' atto oneroso o interposizion di persone al pari di tutte le altre. — A questa obiezione si è per noi già risposto: abbiam già detto che l' art. 843—762, il quale sottomette alla collazione i doni diretti quando non son fatti espressamente per precapienza, fuori parte o con dispensa dalla collazione, non à mica in veduta i doni fatti per simulazione d'un atto oneroso o per interposizione di persone, dacchè questi son dichiarati (cogli art. 847, 849 e 918-766, 768 e 834) dispensati dalla collazione di pieno dritto e senza veruna espressione di volontà a tal riguardo (v. art. 857, n. 1, 2 e 3). La nostra dottrina, del resto, è quella della pluparte degli autori e degli arresti (1).

III. — 358. Talune persone avean creduto nei primi tempi del Codice che il nostro articolo non riguardasse se non i coniugi che si rimaritano avendo figli d'un primo letto, epperò si riferivano all' art. 1098-1052 e non all'art. 1094 — T. Tal sembra esser l' opinione del Grenier (n. 691) e del Toullier (n. 881). Ma è un errore che maraviglia di non veder rilevato dal Duvergier; giacchè il nostro articolo non parla solo dei nuovi coniugi, ma di coniugi in generale, e non indica soltanto la quota permessa con *la disposizione* precedente, sibbene la quota *delle disposizioni* che precedono.

Vero è che la legge, più severa pe' secondi o susseguenti matrimoni che pe' primi (quando ci à figli d' un precedente letto), vede dei vantaggi indiretti in quanto a quelli in circostanze che nel generale punto non ne presenterebbero (art. 1496, 1527); ma la non è certo una ragione perchè in un primo matrimonio si possa violar la regola dell' art. 1094 con la simulazione d' un atto oneroso o con l' interposizione di persone, o per alcuna delle vie indirette di cui parla il nostro primo comma (2).

1100. [1051]. Saran considerate come fatte ad interposte persone le donazioni di uno de' coniugi ai figli, o ad uno dei figli dell' altro coniuge nati da un altro matrimonio: e quelle pure fatte dal donante ai parenti, de' quali l' altro coniuge fosse erede presuntivo al tempo della donazione, ancorchè quest' ultimo non sopravviva al suo parente donatario (3).

SOMMARIO.

I. Svolgimento sull'articolo. Dissenso sopra un punto col Coin-Delisle.
II. Rapporti della disponibile del nostro capitolo con la disponibile ordinaria. Errore della Corte di Cassazione. Critica del Duranton, del Valette ec.
III. Modo di redazione per le liberalità fatte sotto una stessa data al coniuge e ad estranei. Dissenso con tutti gli autori.

I. — 359. Ei sarebbe spesso ben difficile provare che la donazione che un coniuge à fatta ostensibilmente alla tale o tal persona in realtà s'indirizzava al suo coniuge, e che l'apparente donatario non era che un prestanome. La legge, per iscemare questo inconveniente, indica essa stessa una classe di persone per le quali vi sarà presunzione d'interposizione: talchè ogni donazione fatta ad una di queste persone si presumerà di pieno dritto fatta al coniuge mediante persona interposta e si troverà nulla, senza che sia pur possibile provare che non v'era interposizione (art. 1352-1306). Queste persone sono: 1° i figli del coniuge che non fossero a un tempo figli del donante;

(1) Grenier n° 890; Delvincourt; Toullier, V-901; Dalloz c. 12, s. 4, Rig. 30 n° 1831; cass. 17 nov. 1834; Parigi 14 agost. 1835; Tolosa 13 magg. 1835 Rigg. 29 magg. 1838; Limoges 6 luglio 1812; Caen 6 genn. 1815 (Dev. 32, 1, 134; 34, 1, 769; 35, 2, 392; 36, 2, 345; 38, 1, 481; 43, 2, 27; 45, 2, 393).

(2) Confr. Delvincourt; Favard; *C. de' matr.*, s. 4; Duranton IX 628; Dalloz C. 12 S. 4; Coin-Delisle, n° 4.

(3) Fra questi articoli non àvvi alcuna divergenza. *Il Trad.*

2° tutti i parenti, di cui questo coniuge si trovi essere erede presuntivo.

Indichiamo in prima linea i figli del coniuge che non fossero insieme figli del donante; imperocchè ne par certo che ciò voglia dire il nostro articolo quando parla di figli *nati da un altro matrimonio:* per noi i redattori àn soltanto voluto dire: « figli che non son nati dal matrimonio attuale, che non appartengono in comune ad ambi i coniugi, » ma non àn potuto avere in mente di esigere che questi figli sieno davvero nati da un matrimonio. Difatti non si vede ragione per non presumere l'interposizione così quando la liberalità è fatta a un figlio naturale del coniuge come quando lo è al suo figlio legittimo. Egualmente pensiamo doversi applicar la regola a tutti i figli di qualunque grado, ed eziandio ai figli adottivi, che sono pur de' figli agli occhi della legge.

360. Circa ai parenti, de' quali il coniuge era erede presuntivo al momento che si scrisse l' atto di liberalità, eglino son sempre e per ciò solo presunti persone interposte, checchè possa avvenire in prosieguo. Così, quando anche il coniuge morisse immediatamente dopo fatta la donazione, prima del donatario o del legatario, e senza esser divenuto suo erede reale, la disposizione sarebbe nulla egualmente. E per fermo, il solo punto da considerar qui è lo stato delle cose nel momento che si dona, è il pensiero che il donante à dovuto avere in iscrivendo la sua liberalità. Reciprocamente, tosto che il coniuge non è erede presuntivo del parente donatario o legatario nel momento della confezione dell' atto, poco monta che lo divenga dipoi, chè allora l' autore della disposizione non à potuto farla coll' idea che l' oggetto passasse al suo coniuge nella successione del beneficiario. — La dottrina contraria del Coin-Delisle, il quale insegna (n.° 9) che pei testamenti vuolsi aver l' occhio non all'epoca della confezione, ma all' epoca della morte del testatore (postochè questa fa che il testamento produca il suo effetto), è un errore proveniente dall' aver dimenticato che la legge non à considerato se non l' intenzione che aveva il coniuge nel far la sua disposizione.

361. Notiamo, ad ogni modo, che nel caso in cui si presume di pieno dritto l' interposizione, è sempre permesso di provarla.

Rapporti della disponibile tra coniugi con la disponibile ordinaria.

II. — 362. Dopo avere studiato nel quattro articoli **1094, 1098, 1099** e **1100** le regole della disponibile tra coniugi considerata in sè stessa, occorre che esaminiam qui questa disponibile nelle sue attinenze con la disponibile ordinaria degli art. **913** a **915-829** a **831**, cioè nei casi di concorso di liberalità fatte a un coniuge con liberalità fatte ad altre persone.

Innanzi tratto è manifesto che queste due disponibili, ordinaria e speciale, mai non possono cumularsi; che mai non si potrà donare ad estranei (1) l' intera disponibile degli articoli 913 a 915-829 a 831, donando al coniuge la disponibile intera do' nostri articoli **1094** T. o 1098-1052. È evidente, giacchè, essendovi figli, la cumulazione delle due quote ridurrebbe la riserva ad una frazione insignificante e veramente derisoria, e nel caso di ascendenti *oltrepasserebbe la totalità del patrimonio!* Pertanto tutti concordemente riconoscono che mai il complesso delle liberalità non può eccedere la quota più forte tra le due, che sarà or l' una, or l' altra.

Per la qual cosa il disponente non può mai eccedere la cifra della disponibile più elevata. Ma potrà anche donarla tuttaquanta sempre, senza distinzione di circostanze e in qualunque ordine sieno fatte le diverse liberalità, purchè soltanto l' estraneo da una banda e il coniuge dall' altra non abbian ricevuto al di là di ciò che si può loro donare? in altri termini, tosto che la liberalità fatta al coniuge non oltrepassa i limiti degli art. 1094 e 1098, che quella fatta all' estraneo non oltrepassa i limiti degli art. 913 a 915, e che infine la riunione di entrambe non eccede la cifra della più forte quota disponibile, eviteranno sempre coteste liberalità la riduzione? — Egli è fuor di dubbio quando la disponibile più forte è la disponibile ordinaria, quella degli art. 913 a 915. Così, quando il coniuge, il quale à un sol figlio e la cui disponibile più forte è di metà in piena proprietà (art. 913), à prima donato ad un estraneo una parte soltanto di questa disponibile, è manifesto ch'egli può poscia donare il rimanente al suo coniuge, purchè questo rimanente non ecceda nè in proprietà nè in usufrutto la quota fissata dal nostro articolo: che se egli à cominciato dal donare al suo coniuge il quarto di piena proprietà, più il quarto di usufrutto permesso dall'art. 1094, è chiaro che può donare il secondo quarto di nuda proprietà a chi più gli talenti; non si potrebbe trovare allora veruna ragione, verun pretesto, di ridurre l' una o l' altra di queste liberalità.

363. Ma divien delicata la quistione proposta di sopra, se sia più forte la quota speciale

(1) Notiamo bene che per *estranei* s' intendono in questa materia tutti, salvo il coniuge del disponente, eziandio i figli di esso disponente.

del nostro capitolo. Ei non è dubbio che, dopo aver donata a un estraneo la quota ordinaria, non si può donare posteriormente al coniuge la differenza in più permessa per lui dall'art. 1094. È fuori dubbio ancora che queste due liberalità posson farsi simultaneamente, sia con una stessa donazione, sia con uno stesso testamento. Ma sarebbe mai la medesima cosa se la liberalità fatta al coniuge fosse all'altra anteriore? Su questo punto è lungi che siasi di accordo.

Abbiam detto che l'affermativa non è dubbia quando la liberalità dell'estraneo è anteriore a quella del coniuge o quando ambedue son simultanee: gli è un punto che ci sembra evidente, e i migliori autori son consentanei intorno a ciò con la giurisprudenza (1). Così il padre di tre figli dona ad un di essi o a qualunque altra persona il quarto della sua fortuna in piena proprietà, e dona poi al suo coniuge un quarto in usufrutto: è chiaro e tutti riconoscono che le due liberalità sono entrambi inoppugnabili. Così ancora un coniuge senza figli, ma che à ancora la madre, fa un testamento nel quale lega ad un nipote tutto il suo avere (val dire tutta la disponibile, in altri termini i tre quarti) e alla moglie l'usufrutto del quarto riservato alla madre: sembra certo che niuno di questi due legati può esser ridotto, e giustamente la Corte di Lione gli à mantenuti.

364. Egli è vero che il Duranton (n.° 786) critica questa decisione e pretende che la madre doveva aver il suo quarto in piena proprietà, nonostante il testamento, e che il quarto d'usufrutto legato alla moglie dovea prendersi sul legato universale del nipote. Ma la è una dottrina erronea; e il ragionamento che il Duranton presenta in appoggio non è certo di natura da farla trionfare. Egli ci dice, che il benefizio dell'art. 1094 (che permette d'aggiungere alla disponibile ordinaria l'usufrutto della riserva degli ascendenti) non è scritto che pel coniuge e solo a lui può giovare, laddove qui lo si faccia giovare al nipote. Ma in che mai facessene profittare il nipote, poichè la sola moglie prendeva, a' termini del testamento, l'usufrutto della riserva della madre, e il nipote non ricevea che i tre quarti che l'art. 915 permette di donare a chicchessia? Soggiunge il Duranton che con questo sistema sarebbe bastato legare alla moglie *un solo scudo* per poter donare al nipote tutto l'usufrutto del quarto riservato, oltre alla disponibile ordinaria. Egli è da credere che il dotto professore abbia ciò scritto per distrazione. E sì è chiaro che, se si è mantenuto e dovuto mantenere il legato dell'usufrutto del quarto riservato alla madre, gli è perchè questo legato era fatto alla moglie, come permette l'art. 1094, e che, se quest'usufrutto, o *una frazione qualunque* di esso, fossero stati aggiunti al legato de' tre quarti fatto al nipote, questo legato sarebbe stato necessariamente ed evidentemente riducibile a tre quarti. Il Duranton non à dunque compreso sè medesimo.

Più tardi, innanzi alla Corte di cassazione, l'avvocato generale Delangle tentò su questa dottrina una critica, la quale senza esser più fondata di quella del Duranton, era almanco meglio ragionata. In sostanza egli disse che il dritto di disporre dell'usufrutto del quarto riservato all'ascendente, essendo un soccorso estremo aperto a solo benefizio del coniuge, non sen potea disporre, quando si avevano in mano altre risorse, che si potea donare quest'usufrutto al coniuge sol quando gli si donava tutto ciò che si aveva di disponibile, che donargliela in quel medesimo che si donava a un terzo la disponibile ordinaria tutta intera, si era un far profittare d'altrettanto questo terzo, sulla cui liberalità il donante non avrebbe mancato di prendere quest'usufrutto, se non fosse esistito l'art. 1094... Ma gli era un errore non men visibile; chè, se io *posso* donare al mio coniuge e i tre quarti dapprima e inoltre l'usufrutto dell'ultimo quarto, non vi sono però *costretto*, e posso benissimo eziandio, donando i tre quarti al primo che si presenti, giusta l'art. 915, donare l'usufrutto dell'ultimo quarto al mio coniuge giusta l'art. 1094; posso distribuire la mia disponibile a mia posta, purchè io non ecceda i limiti. Pertanto la Corte suprema coll'arresto succitato del 1840 respinse le conclusioni del Delangle.

Lo stesso Benech, pur sì proclive a estendere la quota disponibile, come si è veduto sotto l'art. 1094, non è in tutto d'accordo con noi sulla regola che qui formoliamo: egli insegna, (p. 260 e s.) che vi sarebbe eccesso in quanto all'estraneo, se il coniuge, avendo tre figli, avesse donato ad un tempo o la metà d'usufrutto all'estraneo e il quarto di nuda proprietà al coniuge, ovvero il quarto d'usufrutto all'estraneo e il quarto di piena proprietà al coniuge. Noi non possiamo adottare quest'ultima idea: ben veggiamo l'eccesso nel primo caso, in cui l'estraneo riceve una metà in usufrutto; ovvechè gli art. 903 e 907 non permettono che un quarto sì per l'usufrutto come per la proprietà (V. n.° 366, comm. 3); ma ci è impossibile vederlo nel secondo caso, in cui l'estraneo non riceve che questo quarto d'usufrutto. Non può questo coniuge

(1) Lione, 29 ge. 1821; Rig. 3 ge. 1826; Rig. 18 n. 1840; Rig. 20 d. 1847 (Dev. e Car. 41, 1, 90; *Pal.* 40, 2, 618, 48, 1, 388

spiegare la disposizione simultanea, dicendo ch' egli prende innanzi tratto nell' art. 903 il quarto d' usufrutto che dona all' estraneo e che poi dona al suo coniuge il quarto di nuda proprietà che rimane in questo art. 903, indi il quarto d' usufrutto che gli offre l' art. 1094, e che così compone il quarto di piena proprietà di questo coniuge? E non è questa la spiegazione che bisognerà sempre prendere secondo la regola che un atto debbe intendersi *potius ut valeat quam ut pereat*?

365. Ei ne par dunque certo non esservi mai possibilità di riduzione, quando, rinchiudendosi ciascuna delle due liberalità ne' limiti della sua quota rispettiva e non eccedendo la riunione di entrambe la quota più forte, quella dell' estraneo è anteriore o contemporanea a quella del coniuge. Ma sarà egli lo stesso (tuttavia nell' ipotesi in cui è più forte la quota speciale del nostro capitolo) quando sarà anteriore la liberalità del coniuge a quella dell' estraneo? Così un coniuge, il quale à tre figli, à in prima donato a sua moglie, madre di essi figli, il quarto del suo bene, e dona poscia a un estraneo un quarto in usufrutto: è valida questa seconda liberalità? Ovvero egli à donato prima alla moglie una metà in usufrutto; poi dona a un estraneo un quarto di nuda proprietà: dev' esser mantenuta la seconda disposizione? . . . Molti giureconsulti rispondono affermativamente; ma altri, e con essi la giurisprudenza costante della Corte suprema, tengono per la negativa (1).

Gli è questo infatti un de' punti più difficili del Codice Napoleone. — Pure non ci spaventiamo, e vediamo se non sia possibile giunger qui a una teorica semplice e solida a un' ora.

366. Si può dire nel primo senso: 1° che l' ordine nel quale due liberalità sono state fatte è evidentemente insignificante per determinare la quota disponibile d' una persona; o che ciò, ch' ella à potuto donare disponendo prima per un estraneo e poi pel suo coniuge, à dovuto poterlo donare egualmente cominciando dal suo coniuge per finire all'estraneo; 2° che in verità l'estensione arrecata alla disponibile ordinaria dall' art. 1094 non è stabilita che pel coniuge e non può se non ad esso lui applicarsi, ma che la liberalità fatta al coniuge dee naturalmente reputarsi fatta giusta questo art. 1094 (e lasciando libera la disponibile ordinaria) sì quando è la prima in data come quando è l' ultima. . . Dall' altra parte si risponderà: 1° che lungi dall' essere insignificante nella nostra materia, la potenza delle date vi è all' incontro sovrana, dacchè secondo che la disponibile è già o non è peranco esaurita l' autore delle liberalità può ancora o non può più disporre e su tal principio poggia l' art. 925, che fa ridurre le liberalità per ordine di date; 2° che è contrario all'ordine naturale delle cose di donare *il supplemento della disponibile* (ossia la disponibile speciale e più favorevole dell' art. 1094) *prima di essa disponibile*, e di ricorrere al fondo di riserva innanzi di por mano alle risorse ordinarie; che pertanto la prima liberalità dovrà sempre imputarsi sulla disponibile dell' art. 913, sia che s' indirizzi al coniuge, sia all' estraneo, e che, una volta esaurita (anche a pro del coniuge) questa disponibile ordinaria, non rimarrà che il credito straordinario dell' art. 1094, il quale non è aperto per l' estraneo.

Ei ne sembra evidente che queste ultime idee son le sole vere, e che in principio ad esse è mestieri attenersi, come à sempre fatto la Corte suprema. Ma affrettiamoci di dire che non sempre sarà applicabile questo principio e che la decisione debbe evidentemente, secondo noi, dipendere da una distinzione capitale, essenziale, che risulta forzosamente da' termini come dallo spirito dell' art. 1094; distinzione che pare non sia stata avvertita nè dalla Corte di cassazione nè da Benech, Valette, Pont e altri che àn combattuti i suoi arresti.

Quando si paragona attentamente la disposizione dell' art. 1094 con quella degli art. 913 a 917, vi si osserva una differenza che presenta una grande importanza per la quistione in cui versiamo: differenza relativa alla disponibile *in usufrutto*. Nel caso degli art. 913 a 917 la disponibile è in usufrutto la stessa che in proprietà; colui, che può donare metà in piena proprietà, egualmente non può donar che metà in usufrutto; colui, la cui disponibile in piena proprietà è d' un quarto, non può eccedere questo quarto, ancorchè non doni che usufrutto. Vero è che, quando la disposizione d' usufrutto è eccessiva, non ci à luogo alla riduzione diretta, giusta le regole ordinarie: gli eredi possono soltanto ricusare d' eseguir in nulla la disposizione, rilasciando la disponibile in piena proprietà. Ma, qualunque qui sia la sanzione dell' eccesso, non è men vero che àvvi eccesso tosto che si è donato in usufrutto più di quel che si potea donare in proprietà e che la disponibile in proprietà o la disponibile in usufrutto ànno comune misura (V. il n.° 1 dell' art. 917). Nel nostro art. 1094 la cosa sta altrimenti; la disponibile in usufrutto eccede di molto la disponibile in proprietà; il coniuge, che può donare in pro-

(1) Cass. 7 ge. 1824; 21 mar. 1837; 24 l. 1839; 22 n. 1843; 21 ag. 1846; 7 mar. 1849 (Dev. 37, 1, 273: 39, 1, 635: 44, 1, 69; 47, 1, 39; 49, 1, 338).

prietà tre quarti o metà, perchè non à che ascendenti, potrà donare in usufrutto la totalità; e quello, che non poò donare in proprietà più d'un quarto, perchè à de' discendenti, potrà donare in usufrutto metà. Sicchè la disponibile del cap. III e quella del nostro cap. IX, salvo ancora la loro estensione diversa a norma de' casi, non sono organato alla stessa guisa; la loro natura non è identica: la prima à una sola misura applicabile all'usufrutto come alla proprietà; la seconda à due misure distinte, l'una per la proprietà, l'altra per l'usufrutto.

367. Ciò compreso, torniamo alla nostra quistione, che consiste in sapere se, nel caso in cui la disponibile del nostro capitolo è la più forte, il coniuge che ne à donata dapprima una parte al suo coniuge, possa donar poi l'eccedente a un estraneo, purchè non oltrepassi la disponibile del cap. III; in altri termini, se la donazione fatta al coniuge, benchè fatta la prima, non debba pagarsi col credito straordinario e tutto speciale del nostro cap. IX, i crediti ordinari del cap. III restano così liberi per l'avvenire.

Per principio, l'abbiamo già detto, la negativa non ci pare mica dubbia, attesochè non si dee ricorrere a un credito suppletorio che quando sono esausto le risorse ordinarie: su questo punto ben s'appone la Corte di cassazione. Ma àvvi un caso in cui la sarà altrimenti; giacchè in questo caso la natura stessa della disposizione proverà che non à potuto esser presa fuorchè sulla disponibile straordinaria del nostro capitolo; e qui la giurisprudenza della Corte suprema ci sembra inesatta. Studiamo successivamente il principio e l'eccezione.

368. Ecco sulle prime il principio: quando l'oggetto della donazione fatta al coniuge può egualmente prendersi sulla disponibile del cap. III, come su quella del nostro, ci pare evidente, malgrado l'opposizione di tanti giureconsulti, che bisogna imputarla sulla prima.

Così, il coniuge che, non avendo altro erede riservatario, salvo la madre, à donato tra vivi al suo coniuge i tre quarti della sua fortuna, nulla più dar potrà ad un estraneo. Vero è ch'egli non à esaurita tutta la sua disponibile e che potrebbe donare ancora l'usufrutto dell'ultimo quarto; ma non può donare ad altri che al suo coniuge. Invano direbbesi che il coniuge, quando à donato al suo coniuge *tre quarti* in proprietà e in *usufrutto*, si è dovuto considerare, sol perchè a un coniuge donava, aver preso un de' tre quarti d'usufrutto sulla porzione di beni riservata a sua madre; che pertanto ei non à preso sulla disponibile ordinaria che tre quarti di nuda proprietà con *metà d' usufrutto*, e che, quando donerà l'ultimo quarto di usufrutto, lo donerà secondo l'art. 915 come formante il resto della disponibile ordinaria; e potrà quindi attribuirlo a chi più gli piaccia. Questo sistema non sarebbe sostenibile; chè il supplemento di disponibile accordato dall'art. 1094 (nella nostra specie l'usufrutto dell'ultimo quarto de' beni) è evidentemente un soccorso estraneo di cui non si può usare che in difetto d'altre risorse; non si può donare quest'ultimo quarto d'usufrutto finchè si abbian nelle mani altre porzioni d'usufrutto. Certo poco rileva che gli altri tre quarti dell'usufrutto sieno stati donati anteriormente o che nol sieno se non al momento stesso (e in ciò ingannavasi il Delangle), che sieno stati donati anche al coniuge o ad un altro; ma non bisogna ritenerli, donando l'ultimo quarto. Finchè rimane qualche parte d'usufrutto nel patrimonio del donante, questo usufrutto è necessariamente quello che l'art. 915 riserva all'ascendente, e il coniuge solo gliel può torre... E poi tutti bene ammettono, non potersi mai far profittare un estraneo del benefizio dell'art. 1094: la dissidenza comincia allorchè trattasi di sapere se la tale o tale ipotesi no farebbe o no profittare questo estraneo. Or egli è palpabile che qui l'estraneo ne profitterebbe, poichè, senza l'art. 1094, il coniuge, che avesse così donato al suo consorte i tre quarti della sua fortuna, nulla più potrebbe donare all'estraneo: *Se questo art. 1094 non fosse, la vostra seconda donazione sarebbe sicdentemente impossibile!...*

Per tali motivi, se il coniuge che à tre figli à dapprima donato un quarto del suo bene al suo consorte, nulla potrà donare a chiunque altro, benchè possa al detto consorte donare ancora un quarto d'usufrutto. Ciò è evidente; chè questo nuovo dono non potrebbe farsi che a tenore dell'art. 1094; ora il dono fatto a tenore di questo articolo non può indirizzarsi che ad un coniuge. Del pari, se questo coniuge, avendo tre figli, avesse donato un quarto al suo consorte soltanto in usufrutto, non potrebbe più donare ad un estraneo che il quarto di nuda proprietà che resta disponibile giusta l'art. 913, e non il quarto di piena proprietà di cui ancora può disporre giusta lo art. 1094.

Tutte le volte, insomma, che la donazione fatta in prima al coniuge è di natura da imputarsi egualmente sulla disponibile ordinaria nonchè sull'altra; semprechè la si trova valida per gli art. 913 a 917 come pel nostro capitolo, e che non è necessario invocare questo capitolo per assicurarle il suo effetto; semprechè il coniuge potea donare giusta l'uno o l'altro dei due sistemi, allo-

ra, siccome il legislatore non à potuto permettere che si ricorresse a un supplemento eccezionale e rigoroso quando bastavano le risorse ordinarie, la donazione è caduta necessariamente, legalmente (ed ancorchè questo donante avesse detto il contrario) sulla disponibile ordinaria, e quindi non si potrà più donare a un estraneo se non ciò che può restare di questa disponibile dopo dedotto l' oggetto già donato.

In principio, dunque, la dottrina della Corte di Cassazione ci sembra perfettamente esatta, comechè il Valette la dichiari *ridicola*.

[Il Valette à trattato la quistione in legislazione e non in dritto. Ecco come egli combatte la interpretazione data dalla Corte suprema.

Gli è, secondo lui « un sistema bizzarro, che inceppa gli atti dell' affetto maritale, vi accresce le complicazioni e le difficoltà, e così reca l' inquietudine nelle famiglie. La quota disponibile più non si porge alla mente in un modo semplice, sotto un aspetto accessibile a tutti gl' intelletti... Il proprietario che vuol usar completamente del suo dritto di disporre deve immaginare delle combinazioni laboriose. Un tale, che non à figli, ma spera di averne, attenderà, per porre il figlio nascituro nel grado di primo donatario e così procacciarsi la più forte quota disponibile; ma spesso verrà a coglierlo in tale aspettativa la morte; talchè l' altro coniuge, cui era destinata la donazione da farsi in seconda linea, si troverà di non aver nulla ricevuto. » (*Dritto* dell'11 mar. 1846)

Non crederestc assistere a una tornata dell' Assemblea legislativa e udir criticare un progetto di legge?

E pure, pel giureconsulto come pel magistrato, ei non si tratta già di sapere se il tal sistema sia o no buono in sè, ma se sia quello della legge. Si potrebbe rispondere all' articolo del Valette: Tutte coteste idee esser possono eccellenti, ma non ànno a che fare con la quistione: *sed nunc non erat hic locus*. Un sistema affatto ragionevole in sè può benissimo non essere che un' eresia come interpretazione della legge; e all' inverso un sistema può essere esattissimo in dritto, sebbene bizzarro, ridicolo e immorale fosse: in legislazione: un àssene esempio nella trista legge del 21 giugno 1843. — V. il num. III dell' art. 1317].

368 *bis*. Ma, quando la donazione fatta al coniuge non à potuto a norma della legge stessa, essergli fatta se non nella qualità di coniuge; quando non à potuto esser valida che a tenore del nostro cap. IX ed unicamente perchè colpiva la disponibile straordiuaria, non vi à egli necessariamente eccezione a questo principio e non è impossibile allora imputare sulla disponibile degli articoli 913 a 917?..

Così, quando il coniuge che à tre figli à donato al suo consorte la *metà* de' suoi beni in usufrutto, è chiaro che la donazione non può più dirsi fatta legalmente giusta gli articoli 913 a 917 e mercè la disponibile ordinaria, poichè, secondo questi articoli, non sarebbesi potuto donare che un quarto d'usufrutto. Egli è chiaro che legalmente la donazione è fatta in virtù dell'art. 1094 e mercè la disponibile eccezionale del nostro capitolo. Dunque la parte della disponibile ordinaria che non à assorbita il dono della disponibile straordinaria resta libera nelle mani del donante; e questa parte, che qui è un quarto di nuda proprietà, può donarsi posteriormente a chi si voglia. Ciò ne sembra evidente.... Quando io ò donato questa metà d'usufrutto a mia moglie, un sol quarto à potuto venirle per l'art. 913 e l'altro quarto non à potuto esserle donato (non per la mia volontà, ma per le regole del Codice) se non in virtù dell' articolo 1494; ma, poichè io non ò preso che un quarto d'usufrutto sulla mia disponibile ordinaria, vi trovo dunque ancora un quarto di nuda proprietà. Epperò notate che l'argomento, il quale pocanzi provava sì bene che la seconda donazione farebbe volgere l'art. 1094 in prò dell'estraneo, non à qui più veruna forza; chè non ci si può più dire: «La prova che l'art. 1094 è in vostro benefizio, si è che, *se questo articolo non fosse, la vostra seconda donazione sarebbe impossibile*. » Se l' art. 1094 non fosse, sarebbe qui stata impossibile la *prima donazione*, il coniuge non avrebbe potuto ricevere metà d'usufrutto, ma un quarto soltanto.

E non dice che mancando l' art. 1094, sarebbe del pari stata fatta la prima donazione; che soltanto i riservatari l' avrebbono impugnata come eccedente i limiti dell' art. 913, e v'avrebbero sostituito, giusta l'art. 917, il quarto di piena proprietà, il che avrebbe del pari resa impossibile ogni liberalità posteriore. Coteste son supposizioni gratuite, arbitrarie ed affatto illegali, giacchè voi non avete alcuna ragione, alcun pretesto, di dire che colui che à donato una metà d'usufrutto, quando la legge gliel permetteva, l'avrebbe donata medesimamente, se la legge gliel avesse inibito... La prima donazione è fatta nei limiti della legge; voi dunque non potete argomentare come se fosse eccessiva.

Del pari, se il coniuge, il quale non aveva che un ascendente, à donato al suo consorte l' usufrutto di tutt' i suoi beni, è chiaro, per questi principj, che rimarrà libero di donare a

chi vorrà i tre quarti di nuda proprietà che restan disponibili per l'art. 915, così come se il coniuge non avesse ricevuto che i tre quarti d'usufrutto di questo articolo 915 e l'ultimo quarto rimanesse all'ascendente.

369. Or precisamente su questo caso di una donazione fatta dapprima al coniuge in usufrutto soltanto sono intervenuti i sei arresti della Corte suprema suindicati; in tutti quanti si trattava d'una donazione di usufrutto di metà fatta al suo coniuge da un coniuge che lasciava tre figli al più, e in tutti la Corte à giudicato che questo coniuge non avea potuto disporre ulteriormente del quarto di nuda proprietà. Noi crediam fermamente che questa dottrina è erronea, come pensano molti giureconsulti (1). Diciamo essere arbitrario e illegale trasformare in dono di proprietà un dono validamente fatto in usufrutto, un dono che l'art. 1094 permette espressamente in usufrutto e che nulla autorizza a così snaturare.

Ancorchè la trasformazione e la valutazione dell'usufrutto in proprietà fosse nel sistema del Codice una cosa semplicissima, naturalissima e che dovesse aver luogo semprechè ci avesse qualche utilità a farla, qui sarebbe pur sempre inammessibile, giacchè, lungi d'esservi utile, violerebbe egualmente l'articolo 1094 e annienterebbe arbitrariamente i dritti del disponente, snaturando la liberalità che aveva dritto di fare come l'à fatta. Ma il Codice all'opposto, secondo dicono benissimo il Benech e il Pont, à inteso proscrivere in generale e più che possibile questa valutazione; e appunto per evitarla, l'art. 917, invece di sottomettere le liberalità eccessive in usufrutto alla riduzione diretta e ordinaria, à soltanto data al riservatario la scelta o di eseguirle per intero o di sopprimerle per intero, rilasciando tutta la disponibile in proprietà. Ciò aumenta singolarmente la stranezza e l'illegalità del sistema adottato dalla giurisprudenza.

Nè meno strana è quest'altra idea del pari adottata dalla giurisprudenza e che al Coin-Delisle sembra altamente razionale (num. 18), di valutare cioè invariabilmente l'usufrutto alla metà della proprietà. Come se l'usufrutto stabilito sulla testa d'un individuo di 90 anni o che cadesse su un fondo che rende il 2 1/2 avesse lo stesso valore di quello che appartiene a un uomo di 25 o 30 anni o che cada sopra un immobile il quale produca il 5 o il 6 per 100!

A noi sembra evidente che la valutazione non dovrà farsi se non sia assolutamente indispensabile, e che di poi il valore dovrà determinarsi a norma delle circostanze peculiari a ciascuna specie.

370. Per riepilogare, diremo: Allor chè le due liberalità fatte l'una a un estraneo, l'altra al coniuge non eccedono riunite la più forte disponibile e non eccedono ciascuna la sua disponibile propria, sono appien valide entrambe: 1° quando sono state fatte nello stesso tempo e 2° quando quella dell'estraneo è anteriore a quella del coniuge. Ma, se quella del coniuge à preceduto quella dell'estraneo, bisogna distinguere: se il dono primamente fatto a questo coniuge è di natura da imputarsi sull'una come sull'altra disponibile, s'imputerà tutto intero sulla disponibile ordinaria, in guisa che, ove la pareggi, nulla più potrà ricevere l'estraneo, ancorchè rimanessero de' valori tuttora disponibili secondo il nostro capitolo; se al contrario il dono del coniuge non à potuto farsi validamente che giusta le regole eccezionali del nostro capitolo, non lo s'imputerà sulla disponibile ordinaria se non per la parte che gli art. 913 a 916 permettevano di donare e non pel tutto.

Notiamo bene, per altro, che le due liberalità non sono successive e che l'una è anteriore all'altra sol quando una almeno sia fatta per donazione fra vivi; che, se son fatte per testamento ambedue, ànno per data l'una e l'altra la morte del testatore, essendo il testamento durante la vita del suo autore un mero progetto, il quale diviene una disposizione soltanto alla costui morte (art. 195, III). Quindi segue che la liberalità fatta per donazione sarà sempre anteriore a quella scritta in un testamento, quando anche l'atto testamentario fosse stato prima scritto.

371. Occorre ora che diciamo, per rispondere a una quistione presentatasi talvolta, che, se una prima donazione, fatta a colui che non può ricevere se non la quota men forte, fosse eccessiva e abbracciasse la quota più forte, quegli che a quest'ultima à dritto potrebbe ricevere e farsi rilasciare ciò che dev'essere diffalcato dalla prima donazione o, per dir meglio, l'equivalente di ciò che dev'essere diffalcato? Così il padre di tre figli dona a un estraneo la metà de' suoi beni, e lega poscia alla madre di questi figli *ciò che la legge permette di donarle*: costei potrà esigere un quarto d'usufrutto, attesochè la prima liberalità non à potuto legalmente cadere che sopra un quarto di proprietà. Parimenti se il padre d'un figlio unico à prima donato a sua moglie la metà de' suoi beni in proprietà, l'estraneo al quale di poi avesse legato *ciò di cui poteva ancora disporre* avrebbe dritto a un quarto di nuda proprietà, postochè legalmente la donazione non à potuto cadere che su un quarto

(1) Massime Benech (p. 300-433), Pont (*Riv. leg.* XIX, p. 260), Dalloz (39, I. 289), Dev. (VII, I, 363), Valetta (*Dritto* 11 mar. 1846).

di proprietà e un quarto d'usufrutto. Invano si obbietterebbe, ne' termini dell' art. 931, che il legstario non può domandare la riduzione nè profittarne, ove sia fatta; chè il legatario non domanda qui la riduzione, non esige punto che la si faccia, solo domanda l'esecuzione della sua liberalità, esige gli si rilasci il suo legato. Non domanda che si riduca) il che difatti poco gli cale); *fa osservare* che l'erede può far ridurre, se vuole, e che la donazione lascia ancora per lui legatario una disponibile che l'erede non può ricusargli (V. art. 921, III, e articolo 557, III).

III. — 372. Per dar fine a questa importante e difficile materia, più non ci avanza che disamiuare come debba operarsi in caso di eccesso la riduzione delle liberalità fatte alla stessa epoca al congiunto e ad estranei. Non parliamo di quelle fatte a una stessa epoca, che ànno una stessa data, cioè che sono scritte in uno stesso atto di donazione o che risultano da testamenti, (sia d'un solo, sia di più; giacchè le diverse disposizioni testamentarie, in qualunque epoca scritte, àn sempre per data quella della morte del testatore). Per le altre, infatti, per quelle che ànno date diverse, perchè ciascuna risulta da una donazione tra vivi e speciale, non può esservi novella difficoltà; non si tratterà che di applicare le regole svolte di sopra. Ma quando le liberalità ànno una stessa data e, restando ciascuna ne' suoi limiti speciali, eccedono però con la loro riunione la disponibile più elevata, qual modo dovrà tenersi nel ridurre? si procederà con una operazione unica, riducendo tutte le disposizioni simultaneamente e proporzionalmente, a tenore della più forte quota disponibile; ovvero converrà fare più operazioni per guisa che la liberalità del coniuge e quella dell' estraneo sieno ridotte ciascuna a norma della sua quota rispettiva?

Quistione importantissima, come si vede; ma gli autori son lungi dall' averla chiarita a sufficienza, anzi i più pare non abbiano punto compresa la difficoltà che presenta.

373. Il Toullier insegna (V. 872) come cosa semplicissima che si dovrà sempre fare una tale operazione, riducendo in una sola volta proporzionalmente tutte le liberalità di pari data, giusta gli articoli 923 e 926-850 e 843; fa osservare inoltre che quel che sarà donato in usufrutto dovrà prima esser valutato in proprietà, affine di ridurre gli oggetti di tutte le liberalità a una massa totale e di natura identica (il che è difatti indispensabile). Così un uomo, avendo un figlio d'un primo letto, lega alla seconda moglie un quarto e lega una metà a un estraneo: supponendo una fortuna di 48,000 fr., il primo legato è di 12,000 fr. e il secondo di 24,000 fr. secondo Toullier si dirà semplicemente che la massa de' legati essendo di 36,000 fr., quando la disponibile più forte era di 24,000 fr. bisogna ridorre ciascun legato di un terzo; talchè la moglie avrà 8,000 fr. e l'estraneo 16,000. Del pari, se trattisi d'un coniuge che à tre figli e che à donato un quarto ad un estraneo, indi a sua moglie, (madre de' tre figli) un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto (e per ipotesi si valuti l'usufrutto metà della proprietà), dirassi che il testatore avendo legato a sua moglie un quarto e mezzo o 18,000 fr. e all'estraneo un quarto o 12,000 fr., in tutto 30,000 fr., quando la sua disponibile più forte era di 18,000, le liberalità eccedono la disponibile di 12,000 fr. valore del quale i due legati debbono proporzionalmente esser ridotti: la moglie dunque avrebbe 10,800 fr. e l' estraneo 7,200. — Si vede che questo sistema, applicazione pura e semplice dell' art. 926 e nel quale si procede come se la disponibile fosse la stessa pe' diversi legatari, non può presentar veruna difficoltà. Ma questo sistema non è punto ammessibile. Quando la disponibile è differente per ciascun de' due legatari, non si può procedere come se fosse la stessa per entrambi. Quando a lato a un estraneo, che può ricevere metà, trovasi un coniuge che può solo ricevere un quarto, non è conforme alla legge di far la riduzione come se questo coniuge potesse egli stesso ricever metà. Del pari per la seconda specie è contrario alla legge che l'estraneo, il quale non potea ricevere che un quarto, non sia ridotto che a norma della disponibile del quarto e mezzo.

Il Grenier (n.° 585) à professata la stessa dottrina di Toullier nella sua prima edizione; se ne è scostato nella seconda, in cui, senza avviluppare nè precisare la sua idea, dice che bisogna « regolare quel che *ciascuno* aver debbe secondo ciò che la legge permette che *a lui* si doni » e si fonda su due arresti di Torino e di Agen, ne' quali avea creduto vedere questa novella dottrina; indi nella sua terza edizione ritorna alla antica idea, perchè le osservazioni del Toullier gli aveau provato, die' egli, che i due arresti punto non conteneano la dottrina ch' egli avea creduto vedervi.

Il Delvincourt, giudicando con maggiore indipendenza o non attendendo la dottrina degli arresti per avere un' opinione, insegna formalmente che si deve « riguardare i due donatari come concorrenti fra loro fino a concorrenza della quota disponibile che è loro comune, e che il dippiù appartiene a colui in favor del quale è stabilita la maggior disponibilità. » In questo sistema; quando il padre di tre figli, lasciando 48,000 fr., di beni, à legati 12,000 fr. a un' estraneo e 18,000 a sua moglie, si direbbe: la disponibile comune

ai due legatari è del quarto o 12,000 fr, e facendo la riduzione a norma di questa disponibile, l'operazione darà 7,200 fr. alla moglie e 4800 all'estraneo; e siccome resta un mezzo quarto (il quarto d' usufrutto, supponendo tuttavia che l' usufrutto sia stimato metà della proprietà) il qual mezzo quarto non è disponibile che per la moglie, 6000 fr. prenderà costei a dippiù, senza che l'estraneo possa parteciparvi. Talchè questo sistema di Delvincourt darebbe alla moglie 13.200 fr. in luogo di 10800; e all' estraneo 4800 invece di 7,200.

Il Duranton (IX 797) con una tattica singolare tratta la quistione nelle sue tre prime edizioni senza pronunziarsi in verun senso. Nel testo espone l' avviso del Toullier, quasi lo adottasse; poi finisce con dire in nota che l'estraneo non dee mai profittare della estensione data alla disponibile dall'articolo 1094, il che rientra nella dottrina contraria di Delvincourt. Ma nella sua ultima edizione il dotto professore à tolto via l' ultima frase della sua nota e così pare adotti l' opinione erronea del Toullier.

Lo stesso sistema presenta il Coin-Delisle (n.° 18) senza alcuna osservazione e senza mostrar di sospettarne che vi sia luogo a controversia su questo punto. In fine il Dovergier nelle sue note su Toullier non dice parola di questa quistione, pur ben degna di richiamare tutta l' attenzione de' giureconsulti.

374. Dei due sistemi che trovansi a fronte, il primo, secondo noi, è affatto inammessibile e il secondo non può accettarsi che con una grave modificazione.

E innanzi tratto non è ella d' una illegalità flagrante la dottrina di Toullier, Grenier, Coin-Delisle e Duranton? Voi non potete ridurre a norma d' una sola disponibile quando la legge ne stabilisce due: mantenere fino a concorrenza di metà de' beni de' legati che solo posson valere fino al quarto, e far profittare de' legatari d' una disponibile stabilita per altri. Bisogna dunque di necessità, come insegna Delvincourt, far la riduzione proporzionale di tutti i legati giusta la disponibile più tenue, la sola comune a tutti, per riservare l' eccedente ai legatari della disponibile più forte.

Ma, se il primo sistema dà troppo al donatario della minor quota, vuolsi pur procedere in modo che il secondo non gli dia troppo poco; il che accadrebbe nel sistema del Delvincourt applicato puramente e semplicemente. Quando il coniuge con un figlio e 48,000 fr. lega alla sua seconda moglie 12,000 fr. e 24,000 a un estraneo, fa d' uopo in verità, per non dare alla seconda moglie più di quello che aver debbe, ridurre in prima i due legati secondo la disponibile d'un quarto e non secondo la disponibile di metà; ma, poichè per un istante si suppone la disponibile dell'estraneo di un quarto, invece che di metà, è dunque mestieri, per non dargli troppo in questo primo calcolo, far subire momentaneamente una mutazione proporzionale alla cifra del suo legato e supporre per un istante che questo legato è di un quarto invece che di metà, di 12,000 fr. anzichè di 24,000. Per tal modo, in luogo di dar prima sul primo quarto 8,000 fr. all' estraneo e 4,000 soltanto al coniuge, per aggiunger poi alla parte di questo estraneo i 12,000 fr. formanti il secondo quarto (il che farebbe 20,000 fr. per l' uno e 4,000 per l' altro), si darà sul primo quarto 6,000 fr. a ciascuno, di guisa che la moglie avrà 6,000 fr. e l'estraneo 18,000.

375. Si comprende di leggieri a che si riduca il nostro sistema e la differenza di risultato che produce.

Questo sistema in diffinitiva è men complicato che a prima giunta non sembri. Prendere momentaneamente come base di riduzione la minor disponibile per tutte le liberalità, eziandio per quelle che àn dritto alla più forte, ma aver cura d' imprimere anche momentaneamente a queste ultime liberalità una diminuzione proporzionale a quella che si fa subire alla lor disponibile; quando la riduzione è operata su questa base fra tutte le liberalità, il risultato, diffinitivo per coloro i quali non àn dritto che alla minor disponibile, è provvisorio solo per gli altri, si completa dividendo fra questi ultimi la parte disponibile che non ancora trovasi impiegata.

Circa alla differenza de' risultati, la si vedrà in un esempio, che servirà insiememente a far meglio comprendere i tre sistemi. Sia un padre, che abbia un figlio e 80,000 fr. di patrimonio, il quale abbia legati 20,000 fr. alla sua seconda moglie, 20,000 a Primo e 40,000 a Secondo.

Nel sistema di Toullier si dirà che, essendo la disponibile più forte di 40,000 fr. ed avendo il defunto legati 80,000 fr., ciascun legato debb' esser ridotto di metà, per modo che *si daranno* 10,000 *fr. alla moglie*, 10,000 *a Primo*, 20,000 *a Secondo*.

Nel sistema di Delvincourt, ridurrannosi i legati (lasciandoli tutti quali sono) a tenore della più piccola disponibile, che è il quarto il che darà 5,000 fr. alla moglie, 5,000 a Primo, 10,000 a Secondo; e i 20,000 fr. che restan disponibili si ripartiranno fra Primo e Secondo in ragione de' loro legati, ossia un terzo o 6,666 fr. e 66 cent. per l' uno, e 13,333 fr. e 33 cent. per l' altro; talchè diffinitivamente *si daranno* 5,000 *fr. alla moglie* 11,666 *fr. a Primo*, 23,333 *fr. a Secondo*. Nel siste-

ma ideato da noi (che crediamo che il primo calcolo dia troppo alla moglie e che il secondo le dia troppo poco), supponendo da una banda, per un istante, che la disponibile di Primo e di Secondo non sia che del quarto, e così imponendole una diminuzione momentanea di metà, si avrà cura di colpire altresì le loro due liberalità (momentaneamente del pari) della stessa diminuzione di metà. Dirassi dunque: i due legati di Primo e di Secondo, supponendosi di 10,000 fr. e di 20,000 fr., la loro riunione col legato di 20,000 fr. fatto alla moglie forma 5o,000 fr. di cui la disponibile più tenue (20,000 fr.) rappresenta i due quinti; ciascun lagato dee dunque venir ridotto a due quinti del suo valore attuale; il che dà 8,000 fr. alla moglie, 4,000 a Primo e 8,000 a Secondo Fatta questa operazione, restan disponibili 20,000 fr. di cui bisogna dare il terzo, (6,666 fr. e 66 cent.) a Primo, e i due terzi (13,333 fr. e cent. 33) a Secondo; sicchè definitivamente: *si daranno* 8,000 *fr. alla moglie*, 10,666 *fr. a Primo*, e 21,333 *a Secondo*.

Si vede che i 10,000 fr. che qui il sistema di Toullier attribuirebbe alla moglie, e che nel sistema di Delviucoorl sarebbon ridotti a 5,000, lo sarebbero a 8,000 seconda la nostra dottrina.

GIURISPRUDENZA FRANCESE

SUL TIT. II.

ART 894 ad 899.

— Non v' à sostituzione vietata quando la disposizione inserita nel testamento non contiene espressamente la condizione di conservare e restituire, che è il carattere principale delle sostituzioni fedecommissarie. (Cass., 20 nov. 1837).

— La quistione di sapere se la clausola inserita in un testamento presenti nna sostituzione è una quistione di dritto che deve esaminarsi dalla corte di cassazione, di tal che lo arresto di corte reale che decide non esservi sostituziono in una specie in cui la sostituzioue esista realmente dev' essere annullato come contenente una violazione di legge (Cass., 22 giug. 1813).

— Gli eredi del sangue non sono ammessi ad impugnare, per causa di sostituzione, una clausola secondaria di un testamento, quando una prima istituzione perfettamente valida è essa stessa in corso di esecuzione. Essi sono senza interesse, finchè il loro dritto non è aperto. (Montpellier, 10 febb. 1836).

— Colui soltanto che è chiamato a profittare del legato è ammesso a domandar la nullità di una prima istituzione come contenente una sostituzione vietata. (Douai 1 apr. 1840).

— Colui che à eseguito il testamento che avrebbe potuto essere impugnato come infetto di sostituzione si è per ciò stesso reso inammessibile a domandare ulteriormente la nullità del testamento. (Douai, 10 apr. 1840).

— Lo erede del sangue, istituito legatario di usufrutto, si rende inammessibile ad impugnare il testamento, anche per causa di sostituzione, quando domanda il rilascio dell' usufrutto statogli legato (Douai, 10 apr. 1840).

— È nulla come contenente una sostituzione vietata la clausola con cui il testatore dichiara che, se il suo legatario muore senza lasciar figli legittimi, vuole che i beni legati ritornino ai suoi eredi collaterali (Amiens, 25 feb. 1837).

— È nulla come contenente una sostituzione vietata la disposizione la quale, dopo di aver istituito congiuntamente due legatari universali, aggiunge cho l' intiera eredità passerà a colui che sopravviverà. (Cass., 20 dec. 1836).

— È nulla come contenente una sostituzione la clausola con cui, dopo di aver istituito un legatario universale, il testatore aggiunge: a condizione di restituire l' intiera eredità alla fine de' suoi giorni, o piuttosto se così gli piacesse, al primogenito de' suoi figli maschi, ed in mancanza di maschi alla primogenita delle sue figlie (Cass. 7 gen. 1808).

— È nulla come contenente una sostituzione la clausola di un testamento con cui il testatore, dopo di avere istituito un legatario universale, dichiara che, nel caso in cui questo legatario morisse prima della sua maggiorità, gli oggetti, tanto mobiliari, quanto immobiliari dipendenti dalla sua successione divenuti liberi per tal morte, apparterranno ad altri legatari designati. (Tolosa, 18 gen. 1841).

— V' à sostituzione nella disposizione con cui un testatore ordina, che nel caso di morte senza figli, del legatario che instituisce, il beneficio del legato sarà raccolto da un terzo. (Cass., 24 g. 1841).

— È illecita e nulla la clausola penale inserita in un testamento, e che à per oggetto di assicurare l'esecuzione di una sostituzione vietata. Tale è la disposizione con cui un testatore istituisce un terzo suo erede universale, pel caso in cui lo erede naturale impugnasse un testamento anteriore, contenente una sostituzione (Bordeaux, 30 lug. 1832).

— Devesi considerare come contenente una sostituzione fedecommessaria vietata dalla leg-

ge del 14 nov. 1792, la disposizione con cui un testatore, dopo di aver imposto allo erede istituito l'obbligo di conservare e di restituire, dichiara che in caso di morte di quest'ultimo e de' sostituiti, senza posterità, tutt' i beni che si trovano esistere allora appartengono ad un terzo. (Cass., 25 mag. 1836).

— V' à sostituzione vietata nella disposizione con cui due coniugi, ne' loro testamenti rispettivi, s' istituiscono reciprocamente legatari universali, per godere, fare e disporre de' loro beni, come di cosa loro appartenente in piena proprietà, a condizione però che dopo la loro morte i loro beni sieno divisi tra le due famiglie. (Cass. 16 dec. 1833).

— La sostituzione che non fosse fatta se non sotto condizione deve annullarsi, come la sostituzione stabilita puramente e semplicemente. (Cass., 8 gg. 1812).

— La nullità della sostituzione produrrà sempre nullità dell' attribuzione fatta al primo istituito (Cass., 26 gg. 1811).

— Se la sostituzione non colpisce che parte dei beni legati, il legato non sarà annullato che rispetto a questa parte di beni che era sola gravata di sostituzione. (Cass., 3 ag. 1815).

— Non v' à sostituzione vietata quando il testatore istituisce un legatario universale nel caso in cui il suo legatario morisse senza figli maschi. (Cass. 21 g. 1811.)

— La clausola con cui il testatore dopo di aver istituiti tre legatari dichiara « che in caso di morte senza posterità dell'uno e dell' altro la porzione del premorto scade tutta intiera a favore di colui o colei o coloro fra essi che sopravviveranno per esser divisa tra' viventi egualmente » può esser considerata come contenente una semplice sostituzione volgare o un legato diretto per dritto di accrescimento. (Cass., 19 lug. 1814).

— È a dirsi lo stesso della clausola con cui il testatore, dopo di avere istituito un primo legatario, ne designa un secondo pel caso in cui il primo fosse morto o morisse all'esercito. Non v' à in ciò una sostituzione vietata, ma una semplice sostituzione volgare. (Colmar, 18 gen, 1837).

— È valida la clausola con cui il testatore dichiara che intende che tutta la sua successione tanto mobiliare quanto immobiliare sia divisa egualmente fra gli eredi ch' egli istituisce, e che nel caso di morte di uno o di più tra essi vuole che la loro porzione accresca quella degli altri, se sono morti senza posterità, e senza aver disposto. (Cass. 3 gen. 1823).

— Potrà dichiararsi valida la disposizione seguente inserita in un contratto di matrimonio dopo attribuzione della quantità disponibile all' uno de' figli, « riservando il donatore il dritto di restituzione del quarto dato, tanto in suo favore quanto in quello del suo secondogenito, nel caso che il futuro non abbia figli, o che costoro muoiano in minorità. » (Cass., 3 g. 1824).

— Non dovrà considerarsi allora la condizione di restituzione come qualificante una sostituzione vietata, nulla tanto rispetto allo istituito quanto al sostituito, ma semplicemente come una condizione illecita che dovrà reputarsi non iscritta. (Cass., 3 gg. 1824).

— Il fedecommesso noto nel dritto romano sotto la denominazione *de eo quod supererit* non contiene una sostituzione della natura di quelle vietate dal Cod. civ. e dalla legge del 17 mag. 1826. (Cass. 21 gen. 1841).

— Non v' à sostituzione vietata nella clausola di un testamento che porta che nel caso in cui la persona alla quale il testatore lega l' usufrutto de' suoi immobili si maritasse e lasciasse alla sua morte uno o più figli legittimi, i beni legati in usufrutto diverranno sua proprietà e faran parte della sua successione. (Cass., 17 gen. 1835).

— La disposizione con cui un testatore istituisce più individui per suoi legatari universali, con condizione espressa e non altrimenti che, se l'uno di essi muore senza posterità, la sua porzione scadrà a' suoi collegatari universali superstiti e non a' suoi genitori ossia ai suoi eredi naturali, non deve considerarsi come contenente una sostituzione vietata. (Cass., 17 febbr. 1836).

— V' à legato condizionale e non sostituzione vietata nella disposizione con cui il testatore, dopo di aver istituito il suo legatario universale, grava questo legato di diversi legati particolari, nel caso e sotto la condizione in cui il legatario universale morisse senza posterità. (Parigi, 7 dec. 1835).

— Quando un testatore, dopo di aver istituito un legatario universale, aggiunge che nel caso in cui questo legatario morisse senza figli prima della madre, costei raccoglierebbe la successione, questa clausola non contiene una sostituzione fedecommessaria vietata. (Parigi, 17 dec. 1836.)

— La disposizione fatta in favore de' figli nati e da nascere di una persona designata non può considerarsi come stabilente una sostituzione; deve intendersi nel senso che la disposizione è fatta in favore de' figli che saran nati o concepiti al momento della morte del testatore. (Douai, 10 apr. 1840).

— Non v' à sostituzione producente la nullità nella clausola di una donazione per contratto di matrimonio fatta sotto la riserva del dritto di restituzione a favore del donatore e de' suoi eredi, nel caso di premorienza del donatario senza figli o discendenti. (Bordeaux, 22 g. 1835).

— La disposizione testamentaria così concepita: « Istituisco per mio solo ed unico erede universale e generale mio fratello. . . , per prender possesso degli altri miei beni ed eredità dopo la mia morte, secondo un inventario generale redatto in buona forma, » per godere delle rendite, sua vita durante, « e dopo della sua morte, mio nipote . . . prenderà possesso di tutt' i beni che avrò lasciati a mio fratello, e se mio nipote morisse prima di lui e senza figli legittimi, dopo la morte di mio fratello, tutt' i miei beni passeranno a' figli delle mie nipoti, » non contiene punto una sostituzione vietata dall' art. 896. (Cass., 25 lug. 1832).

— Non v'à sostituzione vietata in una clausola così concepita: « Io dono e lego tutti gli altri miei beni a... ed a Timoleone di M...; dichiaro nonpertanto che intendo legare al detto Timoleone di M. . . la proprietà della sua porzione dei detti beni nel sol caso in cui lascerà all' epoca della sua morte de' figli di un legittimo matrimonio, ed accadendo il contrario, lego soltanto il godimento e l' usufrutto de' beni stessi; e in tal caso lego la nuda proprietà ad Eugenio D. . . mio nipote. » (Tolosa, 15 g. 1833).

— Il legato fatto con la clausola: « se il legatario muore senza figli, il legato passerà alla tal altra persona », non contiene punto una sostituzione vietata. (Parigi 14 apr. 1836).

— Quante volte la clausola di un testamento che contenga sostituzione di una persona ad un' altra può intendersi nel senso di una sostituzione volgare, che è permessa, come nel senso di una sostituzione vietata, la si deve dichiarar valida. (Tolosa, 4 lug. 1840).

— È valida la clausola così concepita: « Io lego tutti i miei beni mobili a Giuseppe O. . . ed ai coniugi M. . . ; ma accadendo il caso in cui Giuseppe O. . . muoia prima de' coniugi M. . . , voglio che costoro profittino della mia intiera disposizione; e similmente nel caso in cui i coniugi M. . . premorissero a Giuseppe O. . . » (Tolosa, 4 luglio 1840).

— La disposizione testamentaria portante che gli istituiti non potran vendere nè alienare i beni legati, e che saranno astretti a lasciarli a' loro figli o a' loro eredi, può interpetrarsi, sia secondo l' accezione ordinaria della parola *eredi*, sia secondo gli altri passaggi del testamento, come non contenente che una sostituzione pel primo e secondo grado, permessa dalla legge del 17 mag. 1826, senza che ne risulti un apertura a cassazione (Cass., 5 feb. 1835).

— La disposizione con cui un padre avendo dei figli minori istituisce eredi sua madre e sua moglie, a condizione di restituire l' eredità all' uno de' figli alla sua maggioretà, o piuttosto, se lor place, e con potere di eleggere tra i figli, non costituisce che una semplice fiducia. (Nimes, 10 dec. 1831).

— Una donazione è valida anche quando è stata fatta ad un terzo gravato di restituire il dono al donatario, ed il terzo non à fatta questa consegna che dopo la morte del donatore. (Lione, 25 feb. 1835).

— Si possono invocare delle lettere della testatrice per provare che il testamento regolare nella forma, che è prodotto, tuttochè contenente un legato puro e semplice, covre in realtà una sostituzione fedecommessaria o piuttosto un fedecommesso tacito (Cass., 22 dec. 1816).

— La clausola con cui un testatore chiama i suoi fratelli e sorelle alla sua eredità nel caso in cui il suo erede non raccogliesse la sua successione, o morisse senza averne disposto, non costituisce una sostituzione fedecommessaria, vietata dallo art. 896 C. civ. (Montpellier, 13 feb. 1829).

— La disposizione fatta in favore de' figli nati e da nascere della tale persona non può intendersi che de' figli che saran nati o concepiti prima della morte del testatore. (Douai 10 apr. 1840).

— I figli che esistevano al tempo della donazione, raccolgono questa donazione per intiero, ad esclusione de' figli da nascere. (Liége, 18 nov. 1828).

— Il testatore può, istituendo un legatario universale, dichiarare che lo grava di disporre degli immobili legati in favore de' parenti del testatore medesimo, come meglio gli converrà, e scegliendo coloro che riconoscerà più meritevoli. Una simile disposizione non essendo strettamente obbligatoria non costituisce punto una sostituzione. (Aià, 9 febb. 1841).

— Quando un testatore à legato il godimento di una parte de' suoi immobili ad un terzo, à indi ordinato che questo godimento si continuerebbe a perpetuità in favore de' discendenti del legatario, ed infine à prescritto che se quest' ultimo morisse senza posterità legittima, o se il possesso venisse ad estinguersi, il godimento sarebbe devoluto a favore della successione di lui testatore, una simile disposizione non contiene mica una sostituzione vietata. (Cass., 14 mag. 1837).

— Il legato di usufrutti successivi è valido e non può considerarsi come costituente una sostituzione vietata. (Tolosa, 4 luglio 1840).

Art. 900.

— Il legato fatto ad una persona sotto condizione che si mariterà, e il quale, nel caso

contrario chiama un terzo a raccogliere i beni non contiene una sostituzione vietata; contiene soltanto un legato sotto condizione, e la condizione è sempre lecita. (Cass., 20 decembre 1831).

— Potrà esser mantenuto il legato d' una rendita fatto da una madre alla figlia, che fosse pagabile durante tutto il tempo che rimarrà nel celibato. (Liége, 8 gennaio 1806).

— La condizione assoluta di non maritarsi imposta dal testatore è nulla e deve reputarsi non iscritta, ma la condizione di non rimaritarsi non à nulla d'illecito, e deve ricevere la sua esecuzione. (Cass., 20 genn. 1086).

— È lecita la condizione imposta al legatario o al donatario di non rimaritarsi. (Lione, nel 22 dec. 1829).

— È valido un usufrutto che fosse legato con la condizione che l' usufrutto è accordato pel tempo della vedovanza. (Lione, 18 novembre 1813).

— È valido un dritto di abitazione legato sotto la stessa condizione. (Parigi, 18 novembre anno XII).

— Un legato di usufrutto fatto dal marito in favore della moglie sotto condizione *di non rimaritarsi* non à nulla di contrario ai buoni costumi; la condizione imposta deve ricevere la sua esecuzione. (Lione, 13 nov. 1813).

— La clausola con cui il testatore istituendo la moglie legataria, le vieta di rimaritarsi con una persona specificatamente designata, è valida e deve ricevere la sua esecuzione, nel senso che se la moglie, divenuta vedova, si rimarita con la persona designata perderà il benefizio del suo legato. (Poitiers, 14 giugno 1838).

— L'obbligazione sottoscritta a favore di una persona sotto la condizione espressa che non si rimariterà durante la vita di colui che l'obbliga, è nulla come contraria a' buoni costumi. (Cass., 11 giugno 1811).

— Il legato della porzione disponibile fatto da una madre alla figlia maritata sotto il regime della comunione può contener la condizione che il marito non avrà l' amministrazione de' beni legati e che la moglie sola ne goderà sulle sue semplici quietanze. (Parigi, 27 agosto e 7 marzo 1835).

— Il testatore può apporre per condizione al legato fatto ad un minore, che i beni che ne fan parte saranno amministrati durante la sua minoretà da una persona appositamente designata; ma non potrebbe nominare questo stesso amministratore tutore del fanciullo minore. In questo caso devesi reputare non iscritta la disposizione che gli dà il titolo di tutore e dichiarare valida quella che gli conferisce l' amministrazione dei beni. (Parigi, 22 febbraio 1838).

— È valida la disposizione con cui l' ava materna, istituendo i suoi nipoti legatari di beni di cui ella à la libera disposizione, dichiara che il loro padre sarà privato non solo del godimento, ma eziandio dell' amministrazione dei beni compresi nel legato. (Cass, 11 novembre 1828).

— È valida la donazione fatta sotto la condizione che il donatario viverà col donatore, (Parigi 2 gennaro 1827).

— È valido il legato fatto sotto la condizione che il legatario non pretenderà nulla sulla successione de' suoi genitori. (Angers, 27 luglio 1827).

— La clausola di un testamento con cui un padre vietando a' suoi figli ogni apposizione di suggelli, qualunque inventario ed altri atti giudiziari in riguardo alla successione, dichiara che colui che violerà il divieto sarà privato della sua parte nella disponinile, è valida e deve ricevere la sua esecuzione. (Bordeaux, 2 gen. 1833).

— La clausola inserita in un testamento, portante divieto agli eredi di amministrare, alienare ed ipotecare i beni della successione per quarant' anni, deve reputarsi non iscritta come contraria alle leggi ed all' ordine pubblico. (Lione 7 apr. 1835).

— Un arresto può decidere che tutto ciò che nel testo di un testamento olografo sia privo di senso, deve reputarsi non iscritto, secondo la massima *utile per inutile non vitiatur*, senza che vi sia in ciò violazione dello art. 900 C. civ. (Cass., 15 gen. 1834).

— La disposizione con cui un testatore dichiara in un modo generale che vuole che la successione sia divisa come prescriveva un'antica consuetudine abrogata, appositamente da lui designata, è nulla. (Cass. 23 dec. 1828).

Art. 901.

— La demenza, sebbene limitata in un certo ordine di idee, può, secondo le circostanze, divenire una causa di nullità del testamento di colui che ne è colpito. (Bordeaux, 14 apr. 1835).

— Gli eredi del sangue a cui si oppone un testamento olografo, possono essere ammessi a stabilire che questo testamento è stato fatto in istato di demenza, o che è l' opera della captazione e della suggestione; ma non possono fondare i fatti di captazione o di suggestione sull'esistenza di un commercio adulterino tra il testatore e la legataria istituita. (Cass., 1 luglio 1823).

— Una passione siccome la gelosia, spinta al punto da determinare un suicidio, non basta per provare la mancanza delle facoltà

mentali, e quindi per rendere incapace di testare. (Orleans, 26 feb. 1829).

— Non v' à luogo ad annullare un testamento per causa di demenza, sol perchè il testatore si è dato la morte immediatamente dopo di averlo scritto. Lo arresto che riconosce valido un simile testamento è al coperto dallo annullamento. (Cass., 11 nov. 1829).

— La demenza medesima non è una causa di nullità de' testamenti che quando è completa. Non basta che il testatore abbia sperimentato qualche indebolimento nelle sue facoltà intellettuali, se conservava tuttavia degli intervalli lucidi, e specialmente se è stabilito che il giorno in cui il testamento è stato ricevuto aveva lo intelletto intieramente libero e sano. (Cass. 12 mag. 1838).

— Quando i fatti che àn motivato la interdizione di una persona non sembrano avere esercitata influenza su di un testamento anteriore alla interdizione, la rivocazione che vi è contenuta deve ricevere totto il suo effetto, ancorchè questo testamento rivocatorio non sia anteriore che di otto giorni ad altri atti il cui annullamento fosse stato pronunciato sul motivo che questa persona era allora in uno stato notorio di imbecillità. (Cass. 21 ag. 1836).

— Rispetto a colui al quale è stato dato un consulente giudiziario, si possono arguire, per far pronunciare la nullità del testamento, de' fatti che erano già stati invocati per domandare la interdizione e che erano stati rigettati; chè essi posson servire a stabilire che il testatore non era realmente sano di mente al momento in cui à fatto il suo testamento. (Cass. 19 dec. 1811).

— Quando un testamento pubblico enuncia che è stato dettato dal testatore, il quale à dichiarato, dopo averne inteso la lettura, persistervi e domandarne atto, non si può, senza iscrizione in falso, essere ammesso a provare testimonialmente che il testatore era in uno stato di stupore e di disorganizzazione morale che non gli permetteva di manifestare le sue ultime volontà. (Grenoble, 3 ag. 1829).

Art. 902.

— Le convenzioni matrimoniali ed il matrimonio non sono indivisibili in quanto alla capacità delle parti; quindi, i giudici possono, mantenendo pure il matrimonio, pronunciare, per causa d' interdizione, la nullità di una donazione fatta dall' uno de' coniugi all' altro nel contratto di matrimonio, ancorchè i due atti abbiano avuto luogo nello stesso giorno. (Cass., 28 dec. 1831).

— La condanna ad una pena afflittiva ed infamante a tempo non trae seco la interdizione di testare durante il tempo della pena. (Nimes, 16 giu. 1835).

— Colui che è sottomesso ad un consulente giudiziario à la facoltà di testare, e di fare una donazione tra vivi. (Lione 27 ag. 1825).

— L'incapacità di donare e di ricevere, pronunciata dall' antica legge tra concubini, non esiste più sotto lo impero del Cod. civ. (Bordeaux, 21 ag. 1833).

— L' esecuzione di una donazione occulta fatta ad un incapace, specialmente ad una concubina, anche in un' epoca in cui la incapacità non esisteva più, à potuto esser dichiarata inefficace all' uopo di validare la donazione, se questa esecuzione è stata forzata, nel senso che non à avuto luogo dal canto del donatore che per far cessare le istanze esercitate contro di lui dal donatario per giungere al pagamento della cosa donata. (Cass., 19 gen. 1830).

— Una disposizione testamentaria così concepita: « Io dono e lego ad un tale il godimento vitalizio di una rendita ipotecaria; e dopo la sua morte, la detta rendita sarà consegnata annualmente al proprietario della tal casa, alla quale rimarrà annessa a perpetuità, senza che possa mai esserne distaccata nè alienata, sotto alcun pretesto, » deve essere annullata come fatta a favore di una cosa incapace di ricevere. (Bordeaux, 27 apr. 1839).

Art. 903 e 904.

Quando un figlio naturale minore lascia un ascendente avente dritto alla riserva del quarto, la quantità onde questo figlio può disporre è della metà de' beni di cui la legge dà al maggiore la libera disposizione, ossia della metà de' tre quarti rimanenti. (Bordeaux, 24 apr. 1834).

— Se il minore che à disposto in favore di un ascendente di tutto ciò che la legge lasciava a sua disposizione muore, rimanendo per eredi legittimi questo ascendente nella linea paterna e de' collaterali materni diversi da' fratelli, sorelle, nipoti, la successione deve dividersi in guisa che lo ascendente avrà gli undici sedicesimi della successione, e l' usufrutto del terzo de' cinque altri sesti (Tolosa, 22 luglio 1840).

— Se il minore è morto durante un' istanza, il suo legatario universale può seguire questa istanza, non essendo il testamento impugnato, senza che l' altra parte sia ammessa a contestargli il suo manco di qualità per rappresentare tutta la successione. (Cass., 23 giu. 1834).

— Il coniuge minore in età di più di sedici anni che muore senza figli, non può donare all' altro coniuge, oltre l' usufrutto della metà de' beni formanti la riserva legale degli ascendenti, l' usufrutto della metà di quelli che scadono a' collaterali per effetto della sua incapacità. (Tolosa, 27 nov. 1841).

— L' individuo del quale si domanda l' interdiziona e che è sottomesso ad un amministratore provvisorio, à pur sempre la piena ed intiera disposizione de' suoi beni. Specialmente, non gli si può applicare lo art. 904, C. civ., il quale non permette a minori di disporre che della metà di ciò che potrebber donare se fosser maggiori. (Tolosa, 24 mag. 1836).

— Quando un minore in età di più di sedici anni muore dopo aver legato alio ascendente che gli sopravvive la quota di cui poteva disporre, e lasciando per eredi legittimi questo ascendente e de' collaterali materni; lo ascendente istituito legatario deve prendere nella successione, in esecuzione degli art. 753, 754 e 915 combinati insieme, gli undici sedicesimi della successione e l' usufrutto del terzo dei cinque altri sedicesimi. (Tolosa, 22 luglio 1840).

— Il figlio di un emigrato nato prima della emigrazione succedendo *jure proprio* o per rappresentazione, ma non per trasmissione, ai parenti di suo padre, morti durante la emigrazione di lui, non è tenuto ai debiti del genitore se à rinunciato alla sua successione. (Cass., 8 febbr. 1840).

Art. 907.

— Il secondo marito della vedova, che non si è fatto mantenere nella tutela, non è incapace di ricevere dal minore prima di ogni redizione di conto; il divieto dell' art. 907 C. civ. non è applicabile a tal caso. (Nimes, 16 ag. 1833).

Art. 908.

— Quando il padre, istituendo l'uno de' suoi fratelli legatario universale, à attribuito un legato particolare ad un individuo che riconosce posteriormente per suo figlio naturale, la ricognizione non à per effetto di rendere il legato caduco; ma il figlio naturale ricevendo il legato deve imputario sulla disponibile a cui à dritto. (Bourges, 16 nov. 1839).

— Quando il figlio naturale non si trova in concorrenza con un erede legittimo, è posto dalla legge a livello del figlio legittimo. (Tolosa, 8 giu. 1839).

— L' incapacità de' figli naturali è assoluta ed ogni parte interessata è ammessa ad esigere che sien ristretti alla quota che la legge loro attribuisce; pertanto l'azione di collazione, riduzione o imputazione di tutto ciò che àn ricevuto prima di morire, può esercitarsi con ogni altro erede diverso dallo erede legittimo, con altri figli naturali per esempio. (Tolosa, 22 luglio 1840).

— I figli legittimi lasciati dal figlio naturale son capaci di ricevere al di là della quota a cui il padre fosse stato ristretto, massime quando la premorienza del padre rende inapplicabili i principi risultanti dalla interposizione di persone. (Cass., 13 apr. 1840).

Art. 909

— La donna che esercita abitualmente l' arte di guarire non può profittare delle disposizioni testamentarie fatte in suo favore dalla persona che à curato durante la sua ultima malattia, se non a titolo rimuneratorio. (Grenoble, 6 feb. 1830).

— I divieti dello art. 909 C. civ. non si applicano a colui che, senza titolo legale, à esercitato la medicina, la chirurgia e la farmaceutica rispetto al malato che à testato in suo favore, quando è stato da lui trattato durante la vita come suo figlio. (Cass., 24 luglio 1832).

— La nullità delle disposizioni testamentarie o tra vivi che un infermo à fatte in favore di un medico è subordinata alla duplice condizione che il malato donatore sia stato curato dal medico donatario durante la malattia per cui è morto, e che la disposizione sia stata fatta durante il corso di tal malattia (Cass., 9 apr. 1835).

— Il farmacista che si pone in relazione diretta col malato, e che gli appresta delle cure particolari, può esser considerato secondo le circostanze come colui che à trattato il malato, e sottomesso quindi alle incapacità pronunciate contro il medico. (Cass., 13 ott. 1812).

— Il ministro del culto che non à confessato la testatrice durante la malattia per cui è morta, ma che posteriormente al testamento di costei le à dato al momento in cui esalava l' ultimo respiro l' assoluzione e l' estrema unzione, non è colpito dalla incapacità di ricevere espressa nell' ultimo comma dell' art. 909 C. civ. (Tolosa, 20 nov. 1835).

— Il medico può sposare l'ammalata che cura, ed allora rientra ne' termini del dritto comune, in quanto alle donazioni reciproche che i futuri coniugi posson farsi in contemplazione del matrimonio, ed in quanto alle donazioni che i coniugi posson farsi durante il matrimonio o al momento del suo scioglimento. (Cass., 22 ag. 1822).

ART. 910.

— L' autorizzazione del re richiesta perchè un seminario possa ricevere i doni ad esso fatti con atti tra vivi o di ultima volontà, non è necessaria per l' accettazione di un dono manuale. — Questo dono è perfetto ed è esentato da ogni formalità relativa alla sua accettazione dal canto del seminario, tostochè la consegna dell' oggetto donato è stata fatta nelle mani dello amministratore dello stabilimento. (Bourges, 21 nov. 1831).

— Un dono manuale fatto ad un seminario può essere accettato senza l'autorizzazione del governo. Così il dono fatto da un prete al direttore di un seminario di una somma di tremilasettecento franchi formante la maggior parte della sua successione, a condizione, da parte del seminario, di pagargli una rendita annua, rappresentante lo interesse al sei per cento di tal somma. (Parigi 12 gen. 1835).

— L' autorizzazione preliminare del governo è indispensabile per la esecuzione di una disposizione testamentaria con cui il defunto à ordinato che tutt' i suoi beni fosser venduti e che il prezzo venisse impiegato in messe pel riposo dell' anima sua (Cass., 29 nov. 1828).

— L'accettazione di una simile disposizione, la cui esecuzione è lasciata allo arbitrio dello esecutore testamentario, non deve essere autorizzata dal governo. (Cass., 16 lug. 1834).

— Quando un' associazione di cinque persone si è fondata per istruire i fanciulli e curare gli ammalati senza esser legate nè da voti, nè da statuti qualisisieno, non si può considerare come una congregazione religiosa non autorizzata ed incapace di ricevere per donazione o testamento. (Grenoble, 4 giu. 1835).

— Nel caso di un legato universale, fatto ad una città ed avente per oggetto la fondazione di un ospizio, basta che l' accettazione sia stata autorizzata dal governo perchè la comune di cui il testatore à designato il territorio per fare questa fondazione possa, senza nuova autorizzazione, reclamare l' esecuzione del legato, quand' anche, nell' ordinanza reale, non fosse punto nè poco quistione di tal comune. (Cass., 7 lug. 1834).

— La riduzione ottenuta da certi coeredi, in loro nome personale, dopo la divisione della successione, di un legato fatto a favore di un pubblico stabilimento, non profitta agli altri coeredi, massime quando, nonostante la domanda di riduzione di cui avevano cognizione, costoro àn volontariamente pagata la porzione del legato da essi dovuta, e la riduzione, sembra non essere stata accordata che in considerazione della posizione particolare dei coeredi che l' àn reclamata. (Cass., 24 feb. 1832).

ART. 911.

La donazione fatta a favore del coniuge di una persona incapace di ricevere può esser dichiarata valida, quando risulta dalle circostanze della causa che questo coniuge è realmente donatario diretto, e non persona interposta in luogo e vece dell' altro coniuge, massime allorchè prima del matrimonio il donatario era stato istituito legatario universale dal donatore. (Cass., 10 nov. 1836).

— Si potrà decidere che la donazione fatta a favore del coniuge di una persona incapace non à avuto luogo nella intenzione di gratificare questa persona incapace, se il donatore à avuto qualche motivo particolare di gratificare direttamente il suo coniuge; nel caso, per esempio, in cui, prima del matrimonio, il donatario fosse stato istituito direttamente legatario universale dal donatore. (Cass., 10 nov. 1836).

— La vendita a rendita vitalizia o con riserva di usufrutto fatta al coniuge dall' uno dei successibili in linea diretta, è reputata fatta al successibile medesimo; deve quindi imputarsi sulla porzione disponibile) Limoges, 3 luglio 1810).

— La madre del figlio naturale è sempre reputata persona interposta, anche rispetto ad una donazione fatta prima della nascita del fanciullo, ma dopo il suo concepimento. (Parigi, 26 apr. 1833).

— Il legato fatto al padre di un figlio naturale riconosciuto deve reputarsi fatto a persona interposta, ancorchè il testamento sia, per la sua data, anteriore alla nascita del figlio, ma posteriore al momento in cui à potuto esser concepito. (Parigi, 4 maggio 1840).

ART. 919.

— La rinuncia fatta da un erede riservatario, sotto la condizione espressa che eserciterà l' azione di riduzione contro una donazione affin di avere la sua riserva legale, non può esser considerata come una vera rinuncia, e deve quindi rimanere senza effetto. (Tolosa, 5 ag. 1833).

— Lo erede donatario che rinuncia può essere ammesso a ritrattare la rinuncia, se accadesse che, per lo effetto delle disposizioni fermate dal testatore, non gli fosse più permesso di imputare la donazione sulla quota disponibile (Limoges, 14 dec. 1831).

— Se lo art. 845 C. civ. permette allo erede che rinuncia alla successione di ritenere il dono tra vivi fino a concorrenza della porzione disponibile, in questo senso appunto lo erede rinunciante deve innanzi tratto esercitare il suo dritto di ritenzione sulla riserva

legale, ed in caso di insufficienza di questa riserva per completare il dono, il dritto di ritenzione si esercita allora sulla porzione disponibile rimasta libera, ma però senza che, in niun caso, la ritenzione possa mai eccedere questa stessa porzione disponibile. (Grenoble, 22 feb. 1827).

— Quando all'apertura della successione esiste un donatario in anticipazione di eredità che à rinunciato per attenersi al suo dono, ed un legatario per precapienza della quota disponibile, l'anticipazione di eredità deve riportarsi alla eredità, ed imputarsi in prima sulla quota o riserva del rinunciante, indi, se v'à eccedenza, sulla quota disponibile: ciò che rimane della quota disponibile è allora raccolto dal legatario o precipuario. (Tolosa, 10 luglio 1829).

— Il figlio che non à rinunciato alla successione paterna per attenersi ad una donazione, se non sotto la condizione che questa donazione non sarebbe contrastata e riceverebbe la sua esecuzione, può ritrattare la sua rinuncia se la donazione è senza effetto. (Cass., 2 feb. 1830).

— Il successibile, donatario di una quantità de' beni componenti la successione, à potuto alienare una parte de' suoi beni senza che ne risulti dal canto suo accettazione della successione. (Limoges, 8 mag. 1822).

— Il donatario in anticipazione di eredità, che rinuncia alla successione per attenersi al suo dono, non fa, propriamente parlando, una vera rinuncia ed ancor meno una ripudiazione della eredità, e non v'à in ciò esclusione del dritto alla riserva. La ritenzione, a favore del donatario rinunciante, si fa con imputazione in prima sulla riserva, e sussidiariamente soltanto sulla quota disponibile: Quindi se v'à un legatario ulteriore della quota disponibile, questo legatario raccoglie ciò che rimane da siffatta quota dopo prelevato il dono in anticipazione di eredità. (Cass., 11 ag. 1829).

— Quando un padre à fatto all'uno dei figli una donazione con anticipazione di eredità, ed à legato ad un altro la quota disponibile per precapienza e fuori parte, se il donatario rinuncia alla successione per attenersi al dono tra vivi, gli altri legittimari non sono ammessi a domandare che lo ammontare della donazione sia unicamente imputato sulla quota disponibile, a danno del legatario di tal quota. La donazione deve all'opposto essere imputata in prima sulla porzione di riserva legale a cui il figlio donatario aveva dritto nella sua qualità di successibile. — Questa donazione non può colpire la quota disponibile legata che quando eccede la riserva legale del figlio donatario. (Cass., 11 ag. 1829).

— Quando un padre à fatto all'uno dei suoi figli una donazione per anticipazione di eredità, ed à legato ad un altro la quota disponibile, se il donatario rinuncia alla successione per attenersi al dono tra vivi, i legittimari non sono ammessi a domandare che lo ammontare della donazione sia imputato unicamente sulla quota disponibile, a danno del legatario di siffatta quota. (Montpellier, 7 genn. 1828).

— Il figlio che à rinunciato alla successione del suo autore per attenersi alla donazione che da lui aveva ricevuto, può ritirare la sua rinuncia e reclamare la sua parte ereditaria, se la donazione impugnata da' suoi coeredi, viene a dichiararsi nulla. (Montpellier, 13 febb. 1827).

— La rinuncia che fa lo erede donatario alla successione non può opporglisi come pura e semplice quando à dichiarato espressamente che nol faceva che pel caso in cui fosse considerato come donatario della totalità. (Agen, 27 nov. 1811).

— Il figlio donatario a titolo di precipuo di un oggetto fuor della quota disponibile può conservare questa eccedenza fino a concorrenza dal canto suo nella riserva legale, tuttochè rinunci alla qualità di erede (Tolosa, 17 agosto 1821).

— Un figlio donatario che, dopo di aver rinunciato alla successione della madre, è citato dagli altri figli per riduzione della donazione da lei fattagli, è ammesso a ritenere, per via di eccezione su' beni donati, la sua parte nella riserva legale, oltre la porzione disponibile. (Parigi, 31 lug. 1821).

— Il dritto dell'erede che rinuncia per attenersi alla sua donazione si riduce all'attribuzione della quota disponibile; non può, sotto alcun pretesto, ritenere inoltre la legittima. (Poitiers, 7 agosto 1833).

— Il figlio donatario con anticipazione di eredità, che rinuncia alla successione, non può ritenere sulla donazione fattagli ad un tempo e la quota disponibile e la sua parte nella riserva legale; non à dritto che a ritenere la quota disponibile. (Grenoble. 20 luglio 1832).

— Lo arresto che à deciso in fatto che la rinuncia era pura e semplice non à fatto che una valutazione di fatti che sfugge alla censura della corte di cassazione. (Poitiers, 7 agosto 1833).

— La rinuncia alla successione fatta dallo erede donatario, per attenersi alla donazione, non può reputarsi condizionale; non può ritrattarsi che quando fosse stata il risul-

lato del dolo o di un errore di fatto. Non può ritrattarsi per errore di dritto. (Grenoble, 20 luglio 1832).

— Il figlio a cui si è fatta donazione tra vivi della porzione disponibile e che rinuncia alla successione del padre o della madre donaute, non può, nonostante la sua rinuncia, ritenere la quota disponibile come donatario e prender parte alla riserva nella sua qualità di figlio C.civ. art. 845. Il suo dritto si limita in questi casi agli effetti della donazione, quand' anche avesse potuto pretendere ad una parte maggiore, come un erede riservatario. (Riom, 13 lug. 1831).

ART. 920 a 922.

— I beni donati in anticipazione di eredità debbono esser compresi fittiziamente nella massa della successione per determinare lo ammontare della porzione disponibile legata per precapienza. (Limoges, 21 g. 1838).

— Il donatore non può in niun caso domandare egli stesso la riduzione della donazione da lui fatta; gli è questo un dritto che viene accordato a' suoi eredi soltanto. (Lione, 18 gen. 1838).

— Quando si tratta di stabilir la massa di una successione per operare la riduzione delle donazioni e de' legati che eccedono la disponibile, si debbon comprendere in questa massa le rendite sullo stato, pel loro valore corrente, dal dì della morte dello autore della successione. (Bordeaux, 12 marzo 1834).

— Lo art. 922 C. civ. il quale porta che per la riduzione delle donazioni, i beni donati debbono essere valutati secondo il loro valore al tempo della morte del donatore, è applicabile alle donazioni di oggetti mobiliari, come a quelle di oggetti immobiliari. (Aix, 30 aprile 1833).

— Le rendite o le azioni nelle società finanziere saranno estimate, avuto riguardo al loro valore al dì della morte. (Cass., 14 decembre 1830).

— La deduzione de' debiti prescritta dallo art. 922, C. civ. non deve operarsi che quando lo attivo della successione è superiore o almeno eguale al passivo, fatta diffalcazione dello ammontare delle donazioni tra vivi; ma se il passivo sorpassa lo attivo, la massa ereditaria deve comporsi soltanto dello ammontare delle donazioni, e su questo ammontare deve calcolarsi la porzione disponibile. (Metz, 13 luglio 1833).

— La deduzione de' debiti sulla massa generale de' beni per la fissazione della quota disponibile non precede necessariamente la riduzione prescritta dallo art. 922 C. civ. relativamente alle donazioni e legati che eccedono la riserva legale creata in favore degli eredi legittimi dagli art. 913 e 956, medesimo Codice. (Rennes 21 feb. 1834).

— I beni compresi in una divisione fatta da un padre tra' suoi figli ed eseguita tra essi non debbon esser conferiti fittiziamente nella successione paterna, per fissar la quota disponibile legata dal padre in un testamento posteriore. (Cass., 19 lug. 1836).

— I coeredi di un donatario non possono essere ammessi a domandare la nullità o riduzione degli atti di alienazione a titolo gratuito, se del resto sono validi nella loro sostanza, che nel caso in cui la riserva che la legge loro accorda sulla successione del donatore fosse stata manomessa. (Agen., 27 dec. 1811).

— Si deve considerare come una rinuncia ad una successione la domanda formata da un donatario, che è egualmente succesaibile, di conservar la donazione fino a concorrenza della quota disponibile e della sua riserva. (Agen, 27 dec. 1811).

— Il dritto delle parti interessate e specialmente de' creditori, di domandare la riduzione di una donazione, è regolato dalla legge vigente all' apertura della successione e non da quella dell' epoca della donazione. Quindi non può più esercitarsi se il donatore è morto sotto lo impero del Cod. civ., tuttochè il credito rimonti ad un' epoca anteriore, in cui la legislazione accordava questo dritto a' creditori. (Cass. 29 gen. 1835).

— Il donatario di beni presenti, che non è tenuto a pagar le legittime che per via di riduzione, non può considerarsi come gravato delle legittime. (Tolosa, 9 feb. 1832).

— Lo erede di buona fede, che giustifica non aver nulla trovato nella successione del suo autore, dev' essere ammesso ad intentare l'azione di riduzione, senza essere astretto a produrre, sia un inventario, sia un processo verbale di carenza. (Cass., 14 apr. 1829).

— È a dirsi lo stesso se risulta dalle circostanze che tutti i beni sono passati nelle mani dei donatari, senza che lo erede abbia potuto sottrarne nulla. (Bourges, 11 dec. 1821).

— L' azione di riduzione potrà anche intentarsi dopo che gli eredi si saran divisi tra essi i beni mobili senza formalità giudiziaria, se non può loro indirizzarsi alcun rimprovero di frode, purchè tengan conto di tutto ciò che àn ricevuto. (Parigi, 11 feb. 1825).

— Gli eredi saranno ammessi ad impugnare la donazione per vizio del fondo. (Limoges, 8 marzo 1832).

— Le corti reali ànno ogni potere a tal riguardo, ed i loro arresti non posson contenere su questo punto che dichiarazioni di fatto che sfuggono all' azione della Corte di cassazione. (Cass., 23 mag. 1822).

Art. 923 a 927.

— Il legatario di un corpo certo non può mai soffrire riduzione del suo legato, quando vien con altri che non sieno gli eredi riservatari. (Tolosa, 11 lug. 1840).

Art. 928.

— Il supplemento di legittima dovendo essere fornito in fondi e corpi ereditari, i figli legittimari che vi àn dritto sono ammesai a reclamare anche in beni della successione i frutti che debbono esser loro restituiti. (Tolosa, 22 ag. 1822).

Art. 929 e 930.

— Quando, per essersi mascherata la donazione sotto la forma di una vendita, sonosi create delle ipoteche di buona fede, si potrà, secondo le circostanze, dichiarare che debbono esser mantenute, ma per eccezione soltanto alla regola generale. (Cass. 14 dec. 1826).

Art. 931.

— L'esecuzione volontaria fatta dal donatore non potrà opporglisi come fine di non ricevere. (Bourges, 30 ag. 1831).

— Il donatore medesimo è ammesso ad iscriversi in falso contro l' atto che attestasse che tale formalità è stata adempita, quando in realtà non è stata eseguita. (Parigi, 3 dec. 1839).

— Un atto contenente una donazione tra vivi sarebbe nullo se non fosse realmente stipulato in presenza de' due testimoni che la legge esige; si deve dunque annullare la iscrizione in falso che tenda a provare, contrariamente alle enunciazioni dell' atto, che i testimoni non sono stati presenti alla sua confezione, e che non vi sono intervenuti se non per apporvi posteriormente la loro firma. (Cass., 25 gen. 1841).

— La presenza del secondo notaio non è assolutamente indispensabile alla regolarità dell' atto. (Cass., 6 ag. 1833).

— Vi sarebbe nullità di una donazione sul motivo che l' uno de' testimoni dell'atto lavori accidentalmente a diversi intervalli nello studio del notaio istrumentario, senza avere precisamente il titolo di *scrivano*. Può quindi ordinarsi un esame su tal fatto. (Parigi, 13 marzo 1832).

— Se la donazione è annullata per effetto di una colpa grave commessa dal notaio, questi deve dichiararsi responsabile del danno che ne risulta pel donatario. (Nancy, 2 feb. 1838).

— Il donatore non può riparare i vizi di una donazione tra vivi, dichiarando in un testamento posteriore che esso contenga la donazione che à fatto precedentemente con atto privato. In questo caso, il donatario non può reclamare la cosa donata in qualità di legatario, chè non si trova nel testamento la specificazione della cosa legata. (Poitiers, 10 ag. 1832).

— È valido il dono manuale di azioni al latore della città di Parigi, di cui consegna è stata fatta al donatario. (Cass., 23 mag. 1822).

— Un dono manuale di mobili incorporali, siccomo biglietti, non è valido pel solo fatto della tradizione reale, se non vi si aggiunge un titolo traslativo della proprietà. (Poitiers, 29 nov. 1833).

— Dall' essersi un dono manuale enunciato posteriormente in un atto privato, non ne segue mica che abbia perduto il suo carattere e che sia nullo per non esser rivestito delle formalità relative alle donazioni. (Bordeaux, 19 lug. 1831).

— La pruova del dono manuale del capitale di una rendita costituita risulta abbastanza dall' avere il marito fornito i danari con cui è stata costituita la rendita a favore della moglie. (Bordeaux, 4 marzo 1835).

— Quando una madre, facendo un accomodamento di famiglia, assicura sin da ora all'uno de'suoi figli la parte che deve spettargli in un capitale riscosso per lei da un altro figlio, non si può dire aver un atto di tal natura il carattere di una liberalità, che sia necessariamente soggetta alle formalità prescritte per la donazione. (Cass., 20 ag. 1832).

Art. 932 a 938.

— Non è necessario, sotto pena di nullità, che la procura in virtù della quale è fatta una donazione dal canto del donatore sia annessa all' atto medesimo. Questa disposizione non è richiesta dallo art. 933 che per la procura in virtù della quale la donazione è accettata. (Cass., 21 gin. 1837).

— Il mandato conferito dal donatore per realizzare una donazione deve darsi con atto autentico. (Dijon, 15 gen. 1840).

— La procura per accettar la donazione può essere stipulata in brevetto. (Cass., 21 gin. 1837).

— L' accettazione di una donazione deve farsi in termini formali, senza però che sia necessario di adoperare una formola sacramentale. (Nancy, 2 feb. 1838).

— Il minore può accettare egli stesso la donazione fattagli, e pel solo fatto di questa accettazione essa diviene irrevocabile in quanto concerne il donatore. (Nancy, 4 feb. 1839).

— La nullità di una donazione fatta a favore di una donna maritata, non autorizzata ad ac-

cettarla, può opporsi dal donatore o da' suoi aventi causa, nè più nè meno che dalla donna. Limoges, 15 apr. 1836).

— Il padre che à la tutela legale del figlio, non à d' uopo di essere autorizzato dal consiglio di famiglia per accettare una donazione fatta al suo figlio minore. (Cass. 25 giu. 1812).

— Il padre, che à omesso di far nominare al figlio minore un tutore speciale per accettare una donazione da lui fattagli, non è responsabile della nullità della donazione risultante dal manco di accettazione regolare, e ciò anche quando fosse espressamente obbligato nell'atto a far valere la donazione. (Riom, 14 ag. 1829).

— La donazione che contiene una liberalità universale a favore di più persone, e specialmente in divisione di ascendenti, non è valida che quando è accettata da tutti i donatari. (Cass., 21 nov. 1833).

Art. 939 a 941.

Finchè una donazione non è stata trascritta, la proprietà continuando a risiedere, rispetto ai terzi, sul capo del donatore, i creditori ipotecari di quest' ultimo sono inammessibili a domandare l' espropriazione dello immobile compreso nella donazione (Cass., 23 lug. 1822).

— I creditori iscritti sullo immobile donato prima della trascrizione dell' atto di donazione possono sequestrar lo immobile sul donatore nelle mani del donatario. (Montpellier, 27 apr. 1840).

— Il manco di trascrizione di una donazione di immobili può opporsi al donatario, anche da' creditori posteriori del donatore. (Pau, 16 gen. 1832).

— Il creditore chirografario à interesse, come il creditore ipotecario, ad opporre il manco di trascrizione della donazione, e fino a che la trascrizione non è stata operata, può egli stesso sequestrare i frutti dello immobile donato. (Cass., 7 apr. 1841).

— Ogni parte avente interesse può impugnare una donazione per manco di trascrizione. Pertanto, lo acquirente di un immobile compreso nella donazione che il venditore ne avesse precedentemente fatta, è ammesso ad eccepire nel suo interesse personale e in proprio nome il manco di trascrizione. (Cass., 10 mar. 1840).

— Il creditore dello erede del donatore non può opporre la nullità della donazione per manco di trascrizione. (Parigi, 21 nov. 1840).

— I creditori del donatore medesimo possono sequestrare gli immobili finchè non sono stati trascritti. (Cass., 21 feb. 1828).

— I creditori del marito sono de' terzi, e non degli aventi causa rispetto alla moglie. (Cass., 4 gen. 1830).

— La donazione sarà senza effetto rispetto ai creditori del donatore, anche quando fosse stata trascritta prima della sentenza che pronuncierà il fallimento del donatore, se questa sentenza fa rimontare l' apertura del fallimento ad un'epoca anteriore alla trascrizione. (Montpellier, 27 ap. 1840).

— La donazione sarebbe valida e produrrebbe tutto il suo effetto, se avesse avuto luogo entro i dieci giorni precedenti l' apertura del fallimento. (Grenoble, 17 ag. 1822).

— Le istituzioni contrattuali son dispensate dalla formalità della trascrizione anche in quanto concerne i beni presenti. (Rouen, 24. mag. 1841).

Art. 943 a 947.

— La donazione tra vivi di una somma di danaro da prelevarsi nella successione del donatore è valida. (Bordeaux, 5 lug. 1839).

— Deve considerarsi come fatta tra vivi ed irrevocabile la donazione di una somma di danaro con riserva d' usufrutto, da prelevarsi su tutti i beni del donatore ed esigibile dopo la sua morte; deve quindi produrre il suo effetto, tuttochè il donatario sia morto prima del donatore. (Parigi, 27 dec. 1831).

— Una condizione sospensiva casuale, come quella di cui si è testè parlato, non impedisce che la disposizione abbia spossessato il donatore a favore del donatario, al momento istesso dell' atto. (Cass., 27 marzo 1833).

— Il donatario universale di beni presenti non può esser tenuto a pagare i debiti del donatore esistenti al dì della donazione, se non ne è stato gravato con una clausola espressa. (Cass., 2 marzo 1840).

— Il biglietto sottoscritto dal donatore sotto una data anteriore alla donazione, ma che non à acquistato data certa se non dopo la donazione non fa fede della sua data contro il donatario, anche universale, di beni presenti. (Bordeaux 30 mar. 1839).

— Il donatario a titolo universale di beni presenti non è tenuto a pagare i debiti del donatore esistenti al dì della donazione, salvo che ne sia stato gravato con una clausola espressa inserita nella donazione. (Tolosa, 13 lug. 1839).

— Gli oneri imposti ad un atto di liberalità non impediscono che debba considerarsi come una donazione. (Amiens, 6 agosto 1840).

— Il donatario di tutt' i beni immobili non è tenuto, come il sarebbe lo erede, de' debiti del donatore che non sono stati messi

a suo carico con l'atto di donazione. (Amiens, 6 ag. 1840).

— Una donazione fatta in frode de' dritti dei creditori del donatore può essere annullata, ancorchè non sia stabilito che il donatario abbia partecipato a tal frode. (Amiens, 6 giugno 1840).

Art. 948.

— Lo art. 948 C. civ. che esige, per la validità di una donazione di effetti mobiliari, che uno stato estimativo ne sia annesso all' atto che la costituisce, si applica ai titoli di crediti come a' mobili corporali. (Bordeaux, 6 ag. 1834).

— La disposizione dello art. 948 C. civ., secondo cui ogni donazione di effetti mobiliari non è valida che per gli effetti, uno stato estimativo de' quali è stato unito alla minuta della donazione, è applicabile non solo alle donazioni ordinarie, ma eziandio alle donazioni fatte a' coniugi nel loro contratto di matrimonio. (Cass., 27 febb. 1821).

— La donazione tra coniugi dell' usufrutto de' beni che il donatore lascerà a morte sua, non è sottomessa, come le altre donazioni, alla necessità di uno stato estimativo degli effetti mobiliari. (Parigi, 29 agosto 1834).

— L' uno de' coeredi è sempre ammesso a domandare la nuova estimazione de' mobili che àn fatto parte di una donazione, affin di giungere alla giusta valutazione della quota disponibile. (Douai, 1° ag. 1840).

— Una donazione tra vivi di oggetti mobiliari, fatta a titolo oneroso, ossia a condizione da parte del donatario di albergare e nutrire il donatore fino alla sua morte, è valida pel tutto, tuttochè siensi omessi diversi oggetti nello stato annesso alla minuta dell' atto, se risulta da' suoi termini e dalle circostanze che il donatore à voluto realmente disporre della totalità in favore del donatario. (Angers, 26 marzo 1829).

Art. 949 e 950.

— Una donazione può farsi con ritenuta dello usufrutto dal canto del donatore, non solo per sè stesso, ma eziandio sul capo d' un terzo. (Cass., 28 giugno 1837).

— La riserva dell' usufrutto sul capo di un terzo forma una delle condizioni del contratto, che è obbligatoria anche quando il terzo gratificato non avrà dichiarata la sua accettazione con un atto formale. (Cass. 28 giugno 1837).

— Il terzo à un' azione diretta per la conservazione del suo dritto e nel caso in cui lo immobile donato venisse ad esser sequestrato da' creditori del donatario, à dritto ad intervenire per domandare che il dritto eventuale che à sullo immobile sia espressamente riservato con una clausola inserita nell' atto di aggiudicazione. (Cass., 28 giugno 1837).

— La riserva fatta dal donatore a favore di un terzo nell' atto di donazione deve produrre il suo effetto relativamente al donatario ed a' suoi aventi dritto, senza che sia necessario che il terzo denominato nell' atto dichiari di accettare formalmente la riserva fatta in suo favore. (Cass., 28 giugno 1837).

— La riserva di usufrutto fatta in favore di un terzo, in una donazione per contratto di matrimonio, non costituisce una liberalità sottomessa all' accettazione. (Tolosa, 19 novembre 1832).

Art. 951 e 952.

Quando una somma mobiliare è stata costituita in dote sotto la condizione di restituzione in caso di premorienza del donatario, il dritto di restituzione non può essere esercitato che dopo il prelevamento di tutte le riprese matrimoniali autorizzate dal contratto di matrimonio nè più nè meno che se si trattasse di una dote costituita in immobili. (Parigi, 17 luglio 1839).

— Quando in una donazione per contratto di matrimonio il donatore si è riservato, in caso di premorienza del donatario, una parte de' beni donati, dichiarando che ne disporrebbe in favore di quello de' suoi figli che più gli piacesse, non devesi vedere in questa dichiarazione che una semplice destinazione o indicazione di volontà che non liga il donatore, anzichè una condizione espressa del dritto di restituzione. (Cass., 25 nov. 1834).

Art. 953.

Tuttochè un atto sia denominato donazione, può reputarsi costituire un contratto commutativo, quando ciascuna delle parti si obbliga a dare o a fare lo equivalente di ciò che le si da o di ciò che si fa per essa. (Tolosa, 15 feb. 1838).

Art. 954.

Il donatore non può esigere una cauzione dal canto de' creditori del donatario autorizzati giudiziariamente ad adempire le condizioni della donazione in luogo del loro debitore, che non era in grado di fornirne. (Cass., 14 maggio 1838).

— L' azione di rivocazione di una donazione

per causa d'inesecuzione delle condizioni sotto cui è stata fatta, può esser ceduta dal donatore ad un terzo, e validamente esercitata da quest'ultimo. (Tolosa, 9 feb. 1832).

— La donazione de'beni presenti e futuri falta in contemplazione di matrimonio è, come ogni altra donazione tra vivi, rivocabile per causa d'inesecuzione delle condizioni sotto cui è stata fatta. (Tolosa, 9 feb. 1832).

— Quando una donazione tra vivi è stata fatta sotto la condizione di pagarsi una rendita vitalizia al donatore, il solo manco di pagamento delle annualità della rendita deve produrre lo scioglimento del contratto. (Poitiers, 6 genn. 1837).

— Il dritto di revocazione dopo la morte dello ascendente donatore può esercitarsi dai suoi eredi. (Limoges, 21 giugno 1836).

Art. 955 a 959.

— Conviene, secondo i principi dell'antica giurisprudenza, non attribuire lo effetto di produr la rivocazione della donazione che ad un danno il quale, per la sua gravezza, avesse compromesso i mezzi di esistenza del donatore. (Parigi, 17 gen. 1833).

— Gli eredi del donatore godono degli stessi termini del donatore medesimo per intentar l'azione di rivocazione ed àn pertanto il termine di un anno a contare dal dì in cui il delitto viene in lor cognizione. (Cass., 17 agosto 1831).

— La prescrizione annuale, ammessa dal Codice civile contro la domanda di rivocazione di donazione per causa d'ingratitudine, non è applicabile al caso di una donazione fatta sotto lo statuto normanno. (Cass., 17 marzo 1835).

Art. 960 a 966.

— Le annualità delle rendite vitalizie son reputate frutti civili, nel senso che il donatario di una rendita di questa specie non è tenuto, in caso di rivocazione della donazione per sopravvegnenza di figlio, a restituire le annualità che à percepite. (Cass., 2 apr. 1829).

— Nel caso in cui, per effetto della rivocazione della donazione per sopravvegnenza di figlio, il donatario è obbligato a restituire i frutti percepiti, non deve questa restituzione che dal dì in cui la nascita del fanciullo gli è stata notificata conformemente allo art. 962 del codice, quand' anche avesse conosciuto questo avvenimento. (Cass, 25 mag. 1836).

— La notificazione prescritta dallo art. 962, C. civ. per far correre la restituzione de'frutti, può esser supplita con ogni atto dal quale risulti necessariamente che il donatore à avuto una cognizione perfetta della nascita del fanciullo, massime con la nomina del donatario alla tutela di questo fanciullo. (Cass., 6 nov. 1832).

— La sopravvegnenza di un secondo figlio nato dopo la donazione non ne può operare la rivocazione. (Rouen, 24 mag. 1841).

— La donazione, anche mascherata sotto la forma di un contratto oneroso, è rivocata di pieno dritto con la sopravvegnenza di un figlio legittimo del donatore, e questo figlio dev'essere ammesso, dopo la morte del padre, a provare la simulazione ed a domandare la rivocazione dell' atto, anche quando si giudicasse che il padre non avrebbe potuto eccepire questa simolazione, secondo la massima *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. (Nimes, 26 nov. 1828).

— Una donazione non può rivocarsi per causa di sopravvegnenza di figlio in virtù degli art. 953 e 960 C. civ., se dalle sue clausole e stipulazioni risulta che è meno un atto di liberalità che un contratto commutativo. (Cass., 25 mag. 1836).

— Non v'à rinunzia alla qualità di erede e per conseguenza non v'à dritto di primogenitura dal canto dello erede legittimario che à rinunciato a reclamare la sua legittima in natura per attenersi ad un dono particolare, quando esiste un legatario universale. (Cass., 17 nov. 1829).

Art. 967 e 968.

— Per costituire un testamento, è uopo necessariamente che l'atto a cui si vuol dare questo titolo contenga in termini espressi l'intenzione avuta dal donatore di disporre della proprietà de'beni compresi nella donazione pel tempo in cui non sarà più. (Grenoble, 18 lug. 1838).

— Non è indispensabile che la disposizione di ultima volontà sia espressa con una formola sacramentale; basta che risulti da' termini generali adoperati nell'atto che la intenzione formale del disponente è stata di fare un testamento; e questa intenzione può risultare dalla circostanza che lo scritto è intitolato: *le mie volontà*. (Cass., 21 mag. 1833).

— Dove considerarsi come un vero testamento, rispetto a colui che vi è indicato come legatario, lo scritto così concepito: *Io lego a N. . . la somma di. . ., pagabile sul fondo che lego a Pietro*, » ed in tal caso, se il testatore à lasciato un fondo di commercio, il legato dev'essere reputato applicarsi a tal fondo. (Parigi, 12 apr. 1833).

— La quistione di sapere se un testamento contiene menzione sofficiente dello adempimento di tutte le formalità prescritte non è una quistione di fatto e d'interpretazione di

fatto abbandonata all'arbitrio del giudice; sibbene al contrario una quistione di dritto che rientra nel dominio della Corte di Cassazione. (Cass. , 22 lug. 1829).

— Un testamento deve annullarsi quando è provato essere il frutto della frode. (Cass. , 14 nov. 1831).

— È obbligatoria la disposizione con cui il testatore *prega* i suoi eredi di far passare nell'anno della sua morte una somma determinata ad una persona designata.(Angers, 7 mar.1822).

— Il testatore che dichiarerà di non esser proprietario di ciò che si trova in sua casa , e che pertanto la persona ch' egli designa potrà fare , *dopo la sua morte*, ciò che vorrà di tutti i beni mobili che vi saranno , chè tale è la sua volontà , farà un legato determinato. (Bordeaux, 11 giu. 1838).

— Le parole *io dono per goderne dopo la mia morte o io lego* non sono sacramentali , e se dallo insieme della disposizione risulta la volontà di donare o di legare , deve ricevere la sua esecuzione. (Aix , 25 ag. 1825).

— È nullo il testamento il quale, in luogo di istituzione dichiara che la successione sarà divisa secondo le disposizioni della tale consuetudine abrogata, senz'altra spiegazione. (Cass., 23 dec. 1828).

ART. 969 a 970.

— La semplice formola *io dono* inserita in un atto scritto per intiero dalla mano del donatore , firmato e sottoscritto da lui , non costituirà un testamento olografo ; e la decisione della corte reale, che non avrà veduto in quest' atto nulla che qualificasse un testamento olografo, sarà al coperto dal ricorso per annullamento. Sarà a dirsi lo stesso della formola : *io dono ad un tale tutto ciò che posseggo* ; non si può vedere in una simile disposizione un' istituzione di legatario universale fatta con testamento olografo. (Cass , 5 feb. 1823).

— E lo stesso dirassi ancora dell' altra formola , *io dono ad un tale tutto ciò che posseggo al mondo* ; siffatta espressione non costituisce punto un testamento olografo. (Grenoble , 18 lug. 1238).

— Altrimenti sarebbe se l'atto con la sua sottoscrizione o con ogni altra indicazione contenesse la pruova che la disposizione è stata fatta nella veduta della morte ; cosa che risulterebbe dalla enunciaziane apposta sulla sopraccarta , *le mie volontà* ; che equivale all' altra espressione , *le mie ultime volontà o il mio testamento*. Non si potrebbe dunque fare mammeno di vedere una disposizione a causa di morte nelle attribuzioni inserite in un simile scritto , tuttochè non sieno espresse che colle parole *io dono*. (Cass. 21 mag. 1833).

— Il testamento olografo sarà pur sempre valido , se per lo effetto di postille o rinvii contenga delle parole che sieno in'intelligibili : in tal caso debbonsi reputare non iscritte, massime se non sono assolutamente necessarie alla intelligenza istessa della disposizione. (Cass. , 15 gen. 1834).

ART. 971 a 975.

— Sono nulli i testamenti fatti a favore dei parenti del notaio che istrumenta fino al quarto grado inclusivamente. (Bourges, 30 giu.1828).

— La data deve enunciare il luogo , il dì , il mese e l' anno. (Lione , 18 gen. 1832).

— Il testamento devo , sotto pena di nullità, contenere enunciazione de' nomi e delle dimore de' testimoni. (Cass. , 4 gen. 1826).

— La designazione della dimora può farsi in termini equipollenti ; ogni enunciazione indicativa di una residenza deve ammettersi come valida. (Grenoble , 7 ag. 1828).

— La residenza può esser distinta dal domicilio, essa basta per abilitare il testimone istrumentario , che à una dimora fissa ed abituale nel luogo ove il testamento è ricevuto , ancorchè sia domiciliato in un altro luogo. (Cass., 3 lug. 1838).

— È sufficiente la designazione che il testimone è della tale città, del tale borgo. (Cass., 23 nov. 1825).

— È sufficiente la designazione enunciante che è del tale borgo. (Agen , 5 ag. 1824).

— È valida la enunciazione di una professione o di un impiego che esige la residenza, come sarebbe la indicazione che il testimone è ricevitore delle contribuzioni dirette della tale località. (Grenoble , 7 ag. 1828).

— Il notaio , ancorchè scriva sotto la dettatura del testatore, non è astretto a riprodurre parola per parola i termini adoperati dal testatore ; basta alla validità del testamento che il senso delle disposizioni sia riprodotto in un modo fedele e completo. (Cass., 4 marzo 1840).

— Il notaio soddisfa al voto della legge esprimendo fedelmente nell' atto il pensiere enunciato dal testatore. (Nimes , 26 marzo 1838).

— Il testatore può dettare le sue ultime volontà al notaio su note che à preparate anticipatamente. (Cass. , 15 luglio 1837).

— Non è soddisfatto il voto dell' art. 972 , C. civ. , quando il notaio , in luogo di scrivere il testamento sotto la dettatura del testatore, procede egli stesso per interrogazione, in guisa che il testatore non à risposto che con monosillabi alle quistioni fattegli. (Pau , 23 dec. 1839).

— Il testamento per interrogazione è nullo. (Cass. , 12 marzo 1838).

— È nullo, come non dettato al notaio, secondo il voto della legge, il testamento stato copiato in tutto o in parte su note presentate al notaio dal testatore, senza che quest' ultimo ne abbia egli stesso dato lettura al notaio in presenza de' testimoni. (Poitiers, 30 giu. 1836).

— Il preambolo che precede le disposizioni testamentarie, essendo l'opera del notaio, può esser redatto anticipatamente senza la presenza del testatore e de' testimoni. (Cass., 14 giu. 1837).

— Il preambolo del testamento è l' opera propria del notaio e non fa parte integrante del testamento; può redigersi fuori la presenza de' testimoni. (Cass., 4 marzo 1840).

— Il preambolo ordinario di un testamento autentico, che è l' opera personale del notaio, non è compreso nella disposizione della legge, la quale esige la menzione, sotto pena di nullità, che la scrittura à avuto luogo in presenza de' testimoni e del testatore. (Angers, 16 giu. 1836).

— Il testamento deve, sotto pena di nullità, essere scritto dal notaio siccome vien dettato dal testatore. (Cass., 12 marzo 1838).

— Il testamento è nullo se è stato redatto dal notaio fuori della presenza del testatore e de' testimoni, su note rimessegli dal testatore, e quand' anche quest' ultimo dichiarasse che la redazione che gli vien sottomessa contiene ben tutta la espressione del suo pensiero. (Poitiers, 30 giu. 1836).

— È nullo il testamento che non è stato scritto dal notaio in presenza del testatore, anche quando dopo di avere, in presenza de' testimoni, inteso le intenzioni spiegate dal testatore, si fosse ritirato per scriverle immediatamente in una camera vicina, per sottrarsi al pericolo del contagio della malattia. (Cass., 20 genn. 1340).

— Lo art. 972, che esige la menzione espressa che il testamento è stato scritto dal notaio, non è esclusivo di termini equipollenti; per esempio, basterebbe una menzione così concepita: « Il quale comparente à dettato a noi notaio il suo testamento, che abbiam redatto, siccome ce lo à dettato, nella forma e modo seguenti. » (Liège, 5 gen. 1833).

— Le postille debbono essere cifrate ed approvate sotto pena di nullità. (Cass., 23 mar. 1829).

— Se la postilla è messa alla fine dell' atto, deve esser rivestita di una firma e di un'approvazione speciale, non può esser validata con la firma apposta immediatamente al disotto che dà la validità all' atto intiero, chè si sarebbe potuto intercalare la postilla tra la fine dell' atto e la firma. (Cass., 23 marzo 1829).

— I rinvii e le postille, le aggiunzioni, le interlinee, tutto ciò che è irregolare nell'atto dev' esser reputato non iscritto, ma non ne risulta mica che il testamento dev' essere dichiarato nullo. (Cass., 24 nov. 1835).

— La menzione della lettura del testamento fatta dal notaio al testatore in presenza de' testimoni può risultare dallo insieme delle enunciazioni dell' atto, combinate tra di loro. (Cass. 10 feb. 1830).

— La menzione della lettura del testamento alla testatrice in presenza de' testimoni, non che lo adempimento delle altre formalità prescritte dallo art. 972. risulta abbastanza da termini che spiegano in un modo più o meno esplicito che queste formalità sono state adempite. (Cass., 1 marzo 1841).

— Un testamento autentico non è nullo per manco di approvazione di un rinvio messo in seguito; la nullità non colpisce che il rinvio non approvato. (Cass., 24 nov. 1835).

— Coloro fra gli eredi che àn consentito alla esecuzione, tuttochè su di una spedizione regolare, sono ammessi ad eccepire la nullità. (Nîmes, 22 giu. 1841).

— Non è assolutamente necessario che i testimoni di un testamento autentico comprendano la lingua in cui l' atto è redatto. (Douai, 15 gen. 1834).

— Un testamento pubblico è sempre valido, tuttochè il notaio che lo à ricevuto vi sia stato costituito dal testatore depositario di biglietti od obbligazioni che deve restituire. (Cass., 4 mag. 1810).

— Il testamento fa piena fede fino ad iscrizione in falso che il notaio à egli stesso inteso tutto ciò che è espresso nell' atto come se gli fosse stato dettato dal testatore. (Grenoble, 3 ag. 1829).

— La deposizione de' testimoni istrumentari che dichiarino unanimemente nello esame ordinato sulla domanda di iscrizione in falso diretta contro il testamento che il notaio à interrogato il testatore e non à dettato il testatore al notaio, basta per far dichiarare la enunciazione falsa e produrre la nullità del testamento. (Pau, 35 dec. 1836).

— I giudici debbono rigettare *de plano* la pruova de'mezzi di falso, in luogo di ammetterla a bella prima, salvo a discutere indi il valore delle testimonianze. (Tolosa, 26 mag. 1829).

— Si possono ammettere i testimoni istrumentari a deporre sulle enunciazioni contenute nel testamento. (Cass., 12 ag. 1831).

— Quando il tribunale non à ammesso che un solo mezzo di falso attinto dal non essere stato un testamento, contro cui è diretta l'iscrizione in falso, dettato dal testatore; non si può sostituirvi il mezzo tratto dall' essersi fatta la dettatura fuori la presenza de' testimoni. (Cass., 12 mag. 1838).

Art. 976 a 978.

— Il testamento mistico non dev'essere datato sotto pena di nullità. (Colmar. , 20 gennaio 1824).

— Colui che à scritto il testamento mistico non è tenuto ad apporvi la sua firma. (Cass., 16 dec. 1834).

— La legge non impone l'obbligo d'indicare il nome del terzo scrittore di un testamento mistico. (Cass , 10 dec. 1834).

— La quistione di sapere se il testamento è stato veramente chiuso e suggeliato è una quistione di fatto che sta nelle attribuzioni esclusive delle corti reali. È abbastanza chiuso e suggellato se è comprovato che niuna sostituzione à potuto aver luogo. (Angers, 19 feb. 1824).

— Se il testamento fosse scritto tanto dal testatore quanto da uno estraneo potrebbe esser dichiarato nullo se il testatore avesse dichiarato che era scritto con la sua mano. (Lione , 26 gen. 1822).

— Tutt' i testimoni chiamati all' atto di soprascrizione debbono firmarlo , senza distinzione tra le città e le campagne. (Pau , 19 dec. 1829).

— Un testamento mistico non è nullo perchè l' atto di soprascrizione non contiene la descrizione de'suggelli e delle armi che portano questi suggelli. (Bordeaux, 21 mar. 1822).

— L' atto di soprascrizione di un testamento mistico è nullo per manco di enunciazione della dimora de' testimoni. (Bordeaux , 16 gen. 1834).

— È valida la menzione che il testatore à presentato il testamento al notaio *in presenza dei testimoni*, in luogo di: al notaio ed *ai testimoni*. (Tolosa , 19 gen. 1830).

— È valido l'atto di soprascrizione così concepito : *Innanzi di noi , notaio qui sottoscritto , in presenza de' testimoni a piede firmati , si è presentato... , il quale ci à dichiarato che la presente carta che ci à rimessa* , o *che ci à presentata* , *contiene il suo vero testamento* ; *a tal uopo ce lo fa tenere per apporvi l' atto di soprascrizione*. (Tolosa , 19 giu. 1830).

— Quando il notaio non à affermato che il testamento fu suggellato , il giudice può ordinarne la produzione , e dichiarare il testamento valido se riconosce che in effetti era suggellato. (Cass. , 23 gen. 1824).

— Non è necessario , sotto pena di nullità , che la menzione attestante che l' atto è stato stipulato in presenza de' testimoni sia inscritta alla fine dell' atto. Basta che questa enunciazione si trovi nel corso dell' atto. (Cass., 3 gen. 1838).

— Lo arresto che valutando ed interpretando un testamento nullo come mistico, lo dichiara valido come testamento olografo, quando d' altronde questo testamento offre tutte le condizioni richieste per la validità del testamento olografo, non viola alcuna legge. (Cass., 23 dec. 1828).

Art. 979.

— Il sordo-muto , anche di nascita , che sa leggere e scrivere , può fare un testamento mistico. (Colmar , 17 gen. 1821).

Art. 980.

— I testimoni istrumentari la cui presenza è necessaria alla validità del testamento non àn d' uopo di essere scelti , sotto pena di nullità , nel circondario comunale ove il testamento è ricevuto (Cass. , 4 gen. 1826).

— Non è necessario che i testimoni chiamati per esser presenti ad un testamento stipulato innanzi notaio sieno domiciliati nel circondario comunale ove si redige questo testamento. (Cass. , 23 ag. 1832).

— I testimoni dovranno esser domiciliati in Francia , o almeno avere il loro domicilio nei paesi e terre del dominio del re. (Cass. , 20 mag. 1825).

— La designazione del domicilio di un testimone testamentario risulta abbastanza dalla indicazione della carica di cui è rivestito, quando una residenza è necessariamente annessa allo esercizio di tal carica. (Grenoble, 7 ag. 1828).

— Se è enunciato nell'atto che i testimoni istrumentari che ànno assistito alla confezione del testamento erano abitanti della tal comune , il domicilio si trova con ciò abbastanza indicato. (Cass. 3 lug. 1838).

— Lo straniero non può servire di testimone istrumentario in un testamento , neppur quando fosse stato ammesso al godimento dei dritti civili. (Cass. , 23 apr. 1828).

— Se si fosse in una ignoranza invincibile del manco di qualità o di capacità del testimone , il testamento sarebbe pur sempre dichiarato valido. (Cass. , 31 lug. 1834).

— L' impiego in un testamento di un testimone d' origine straniera , ma al quale l' errore comune attribuisce la qualità di cittadino francese , è insufficiente per far annullare il testamento ; a tal riguardo , la capacità putativa equivale alla capacità civile e legale. (Cass., 18 gen. 1830).

— L' errore sul grado dato ad un testimone istrumentario in un testamento autentico non è una causa di nullità, quando d'altronde non distrugge la sua identità. (Bourges , 9 marzo 1835).

— Un testamento pubblico non può essere

impugnato sotto pretesto che l' uno de' testimoni istrumentari era privato, al momento dell'atto, del godimento de' dritti civili, quando questa incapacità non è giustificata da una sentenza di condanna che abbia pronunciato contro il testimone la privazione de' dritti civili. (Cass., 10 marzo 1829).

— Colui che non lavora abitualmente nello studio, sebbene sia incaricato di quando in quando dal notaio di lavori determinati, può servire da testimone, massime quando à una professione speciale. (Grenoble, 7 apr.1827).

— Il testamento è nullo quando contiene un legato anche condizionale a favore dell' uno de' testimoni o dell' una delle persone denominate nell' art. 975. (Colmar, 10 mar. 1830).

— Il testamento è nullo se contiene un legato fatto a tutti gli operai di una fabbrica, quando l' uno de' testimoni è egli stesso nel numero di questi operai, e non potrebb' esser validato perchè questo testimone fosse stato licenziato dalla fabbrica, o si fosse ritirato prima della morte del testatore. (Metz, 1 feb. 1821).

— È nullo il testamento autentico che riconosce un debito a favore dell' uno de' testimoni istrumentari, allorchè il testamento formasse il solo titolo del credito. (Bordeaux, 3 apr. 1841).

— I notari debbono assicurarsi della capacità de' testimoni chiamati pe' testamenti come di quelli chiamati per gli altri atti notarili. (Cass., 15 gen. 1835).

— Il notaio non è necessariamente soggetto a danni ed interessi verso i legatari. (Metz, 30 apr. 1833).

I testimoni istrumentari che sono stati presenti alla confezione del testamento possono essere intesi come testimoni nello esame fatto sulla domanda d'iscrizione in falso diretta contro il testamento. (Pau, 33 dec. 1836).

— Il notaio è responsabile del manco di qualità de' testimoni che concorrono alla confezione di un testamento, quando vi è stata colpa, negligenza o imprudenza dal canto suo; pertanto à dovuto domandare a' testimoni, anche quando son chiamati dal testatore, se non sono paranti o affini de' legatari. (Lione, 3 gen. 1842).

— I testimoni istrumentari di un testamento possono essere intesi in una iscrizione in falso incidente surta sulla veracità di questo testamento, salvo a fare delle loro deposizione quel conto che convenga. (Parigi, 11 apr. 1832).

Art. 998 a 1000.

— Il testamento fatto da un Francese in paese straniero è valido se è stato ricevuto secondo le forme in uso nel paese. Pertanto lo intervento di un ufiziale pubblico non sarà necessario, se in effetto la legislazione straniera non lo esigeva. (Rouen, 21 luglio 1840).

— Ogni testamento fatto all' estero è valido se l' atto esibito è stato rivestito delle forme usate ne' luoghi ove è stato fatto. (Cass., 30 nov. 1831).

— Un testamento ricevuto in Ungheria dal giudice della nobiltà, assistito da un assessore giurato (magistrato a cui la legge delega la missione di ricevere le dichiarazioni dell' ultime volontà), è valido, tuttochè non vi sia fatta menzione di questa dichiarazione, nè della lettura dell' atto al testatore, e deve pur sempre ricevere la sua esecuzione in Francia a' termini dell'art. 999 C. civ. (Cass. 30 nov. 1831).

— Il cancelliere del consolato non à più qualità oggi per ricevere un testamento all' estero senza l' assistenza del console. Ed ancorchè il console l' avesse assistito, il testamento sarà sempre nullo, se non à apposto all' atto la sua firma (Parigi, 27 ag. 1825).

— È valido il testamento fatto da un Francese in Inghilterra conformemente alla legge inglese, tuttochè non sia intieramente scritto con la sua mano, se, dopo di averlo firmato e suggellato col suo suggello, lo à presentato a quattro testimoni inglesi che vi ànno apposta la loro firma. (Rouen, 21 luglio 1840).

Art. 1001 e 1002.

— La quistione di sapere qual è il senso, il valore e la estensione di una disposizione testamentaria è una quistione di fatto del dominio esclusivo delle corti reali. (Cass., 18 nov. 1340).

— Le regole che dà il Codice civile per la interpetrazione degli atti non sono che dei consigli proposti a' giudici che rimangon sempre liberi di farne applicazione secondo le circostanze. (Cass., 11 apr. 1838).

— I giudici posson dichiarare che un testatore istituendo un legato sotto condizione che il legatario lasciasse alla sua morte de' figli legittimi, aveva inteso parlare della morte del legatario e non della sua propria morte. (Cass., 11 apr. 1838).

— Si appartiene a' giudici del merito di valutare sovranamente, e senza che possa risultarne un'apertura a cassazione, se, secondo lo insieme delle disposizioni di un testamento, un legato deve essere dichiarato condizionale, sebbene la condizione non vi sia letteralmente espressa. (Cass., 21 ag. 1834).

— Il legatario che, in simil caso, à ratificata la interpetrazione data al testamento accettando la parte a lui attribuita, non è ammesso a pretendere indi di esservi stato, in

quanto a lui, errore di dritto, o che il testamento sanamente interpetrato gli dava una parte maggiore. (Colmar, 2 giu. 1841).

— Quando un testatore à ordinato che i suoi beni fosser divisi in porzioni eguali tra' suoi più prossimi parenti collaterali, si reputa abbia voluto con ciò escludere la divisione della successione per linee. (Tolosa, 14 feb. 1829).

— In quanto concerne i legati fatti *a persone reputate incerte*, allorchè il legatario non è denominato nel testamento che con un nome di famiglia senz'altra designazione, la quistione di sapere qual' è la persona, tra quelle che portano lo stesso nome, cui il testatore à voluto istituire, è una quistione di fatto che sta nelle attribuzioni esclusive dello corti reali. (Cass., 25 gen. 1839).

— Se il testatore à lasciato in bianco il nome del legatario, il legato sarà sempre valido quando i termini adoperati nella istituzione non lasciano alcun dubbio sulla individualità istessa della persona istituita, e quando il nome non è stato lasciato in bianco per uno spirito di indecisione, ma perchè era difficile ad ortografare. (Cass., 25 dec. 1828).

— L'errore del testatore sulla qualità del legatario non vizia il legato come l'errore sulla persona di costui. Specialmente, non devesi considerare come nullo il legato in cui il testatore à qualificata la legataria come *fanciulla*, tuttochè fosse maritata. (Cass., 11 nov. 1839).

— Il legato sarà valido anche quando il legatario non sarà stato neppur denominato co'suoi prenomi, se il testamento contiene delle indicazioni tali da essere impossibile di ingannarsi sulla intenzione del testatore. (Cass., 24 apr. 1834).

— La pruova testimoniale è ammessibile in sostegno de' fatti contenuti nel testamento. (Grenoble, 1 dec. 1830).

— Se l' omissione contenuta nel testamento cade sulla quantità istessa del legato la cui somma sarà stata lasciata in bianco, nulla può supplire alla indicazione che manca, e in questo caso, la clausola deve esser reputata non iscritta. (Aix, 30 mar. 1838).

— Nel caso in cui il testatore non à espresso che la volontà vaga di vantaggiare una persona, i tribunali non possono interpetrare questa volontà, indicando come oggetto del legato una cosa non designata, o una somma non ispecificata nel testamento. (Aix, 30 mar. 1823).

Art. 1003 a 1006.

— Il legato universale non à d' uopo di essere istituito con una formola sacramentale; basta che da' termini adoperati dal testatore risulti che la sua intenzione è stata d' investire la persona denominata della totalità dei dritti, ragioni ed azioni che si trovassero nella sua successione. (Cass., 25 gen. 1837).

— L'istituzione fatta in uno stesso testamento, ma con disposizioni distinte, di più legatari a cui il testatore à dato il titolo di legatari universali, deve ricevere la sua intiera esecuzione, in guisa che tutti i legatari così denominati saranno ammessi a dividersi tra essi la successione, anche quando il testatore avesse fatto attribuzioni di parti tra' legatari universali, chè quest' attribuzione non avrà più luogo che ad un semplice titolo di indicazione. (Limoges, 8 dic. 1827).

— Il legatario universale istituito pel caso in cui un altro non potesse o non volesse accettare il legato a lui fatto, à il dritto, innanzi l' accettazione o la ripudiazione di quest'ultimo, di domandar la nullità di un testamento posteriore contenente rivocazione di quello col quale è istituito condizionalmente. (Amiens, 19 giu. 1840).

— Se la valutazione delle indicazioni giustificative della intenzione è della competenza esclusiva de' tribunali, si appartiene alla corte di cassazione di criticare le loro dichiarazioni sul punto di sapere se queste pruove complementarie si trovano nel testamento. (Cass., 24 apr. 1834).

— Quando dopo di avere istituito un legatario della totalità de' propri beni mobili ed un legatario universale, il testatore viene a vendere tutt' i suoi immobili, stipulando che parte determinata del prezzo sarà pagabile a' suoi eredi, lo arresto il quale, interpetrando i termini e la correlazione della disposizione testamentaria e dell' atto di alienazione, giudica che questo prezzo, tuttochè mobiliare, deve ricadere al legatario universale come abbastanza designato dalla parola *erede*, contiene soltanto una valutazione di fatto e di volontà ed è, come tale, al coperto della censura della corte suprema. (Cass., 9 mar. 1836).

— Il donatario di una somma di denaro da prendersi nella successione del donatore non è, come legatario a titolo particolare, tenuto a domandare il rilascio agli eredi riservatari. (Pau, 16 gen. 1838).

— Il donatario per contratto di matrimonio di una somma di danaro da prendersi nella successione del donatore non è, come il legatario a titolo particolare, soggetto a domandare il rilascio agli eredi riservatari. (Pau, 16 gen. 1838.).

— I creditori del legatario universale posson formare de'sequestri presso terzi sulle somme dovute alla successione, tosto che è aperta, anche prima che il debitore abbia domandata l' immissione in possesso. (Cass., 15 mag. 1839).

— In mancanza di eredi riservatari, l' impossessamento appartiene al legatario universale. (Parigi, 24 nov. 1840).

— Nel caso in cui non esistono eredi riservatari, l' amministrazione provvisoria de' beni della successione appartiene al legatario universale e al donatario a titolo universale, in preferenza dello erede beneficiario, ancorchè costui contesti i loro titoli ed abbia per sè il possesso di fatto. (Parigi, 22 mar. 1836).

— Lo erede del sangue che non à dritto a riserva è inammessibile ad impugnare un testamento per causa di nullità, quando gli si oppone esistere due testamenti validi che lo escluderebbero egualmente, in mancanza di quello di cui egli domanda lo annullamento. (Pau, 21 feb. 1835).

Art. 1007 e 1008.

— Il presidente del tribunale civile a cui un legatario domanda un'ordinanza d'immissione in possesso à d'altronde il dritto di esaminare il merito della disposizione che gli si presenta come costituente un legato universale, e può ricusare la sua ordinanza se pensa che questa disposizione forma soltanto un legato particolare. (Orléans, 31 ag, 1831).

— L' ordinanza del presidente che prescrive il deposito del testamento ologrsfo, è suscettiva d' appello. (Montpellier, 8 apr. 1829).

— Non si può altrimenti che con la via della iscrizione in falso provare che un testamento è stato antidatato e fatto realmente in un'epoca in cui il testatore era minore. (Tolosa, 11 giu. 1830).

— È lecito iscriversi in falso incidente per provare che un testamento olografo è stato antidatsto dal testatore, ancorchè questo fatto di antidata non costituisca il reato di falso; basta per motivare l'ammissione di queata iscrizione in falso, che l' antidata abbia potuto avere per oggetto di sottrarre agli sguardi del magistrato l' incapacità da cui il testatore era colpito all' epoca in cui il testamento fu realmente confezionato. (Cass., 16 dec. 1829).

Art. 1010 a 1013.

— Quando un testatore à legato tutti gli immobili che possedeva in certe comuni designate, lo arresto che decide che questo legato è semplicemente a titolo universale e non comprende i nuovi beni acquistati dal teststore nelle stesse comuni, posteriormente alla data del testamento, non dà adito a cassazione. (Cass., 10 giu. 1835).

— Un legatario non può serbare degli oggetti della successione che non gli appartengono, opponendo in compensazione delle somme o altri oggetti che gli son dovuti dalla successione istessa. (Rennes, 21 lug. 1824).

— Il legato di una quota parte de' beni del testatore comprende quelli che gli sono pervenuti dopo il testamento. (Grenoble, 3 feb. 1832).

— Il retratto può essere ammesso tuttochè il retrattante non sia in istato di rimborsare col suoi propri danari il prezzo della cessione. (Bastia, 23 mar. 1835).

— Il legatario a titolo universale non à dritto a' frutti e rendite che a far tempo dal dì della sua domanda di rilascio. (Bourges, 1 mar. 1821).

Art. 1017 a 1019.

— La disposizione testamentaria con cui si lega una casa, i mobili, il danaro, l' argenteria e generalmente tutto ciò che essa contiene, comprende i titoli di crediti ed azioni contenuti in questa casa. (Aix, 19 1829).

— Il legato di tutti i beni mobili del testatore, eccetto gli effetti in portafogli ed il danaro contante, non comprende soltanto la mobilia, ma eziandio le rendite sullo stato ed i fondi impiegati con contratti o ricognizioni, non che ogni specie di valori mobiliari diversi da quelli formalmente eccettuati. (Amiens, 8 lug. 1840).

— Il legatario universale che è stato incaricato col testamento di pagare, in quattro anni, il legato particolare di una somma determinata, in crediti della successione a sua scelta, è tenuto a garentire al legatario particolare la solvibilità del debitore ch' egli gli delega al momento della consegna de' crediti. (Cass., 14 mag. 1834).

— Il legato di una certa somma a prendere su di una rendita tre per cento dovuta dallo stato ad un terzo, debitore del testatore, e che è incaricato di far la consegna, non è limitativo in guisa che il legatario non abbia dritto che ad una porzione di rendita rappresentata dal capitale nominale; è al contrario talmente dimostrativo che, se la rendita è insufficiente per fornir la somma legata, può esigersi sugli altri valori della successione. (Bordeaux, 15 lug. 1835).

— Il legato comprendente tutti gli immobili che possiede il testatore nella comune non si applica che agli immobili soltanto di cui era proprietario nel dì in cui fu fatto il testamento, non comprende gli immobili che fossersi acquistati dipoi nella stessa comune. (Cass., 10 giu. 1835).

Art. 1020.

— L' onere imposto al legatario dello immo-

bile di pagare un credito di cui questo immobile è gravato, deve spiegarsi nel senso che non deve il pagamento se non pro rata dei suoi dritti sullo immobile. Quindi se lo immobile per effetto di una disposizione contrattuale è gravato di usufrutto, il pagamento dev'esser messo a carico tanto dello usufruttuario quanto del nudo proprietario. (Aix, 24 gen. 1839).

Art. 1021 a 1023.

— L'art. 1022 che nel caso di legato di una cosa indeterminata obbliga lo erede a darlo di media qualità, non è applicabile al legato di una somma determinata, fatto con facoltà per lo erede di pagarlo in danaro o in immobili. Se adunque lo erede otta per quest' ultimo modo di pagamento, è libero di dare quegli immobili che più gli talentano, purchè sieno del valore della somma legata. (Aix, 18 apr. 1833).

— L' obbligazione imposta dal testatore al legatario di pagare una somma o di dare una cosa ad un terzo costituisce un vero legato. (Cass., 27 nov. 1833).

— Nel caso in cui il testamento contiene la ricognizione di un debito, questo frutta perciò stesso interesse a partire dal dì della morte del testatore. (Montpellier, 3 ag. 1825).

— Il legatario a cui il testatore à donato *la sua parte* nello immobile posseduto indiviso non à dritto a reclamare la totalità dello immobile, neppur quando, per effetto di una licitazione ulteriore, il testatore si fosse trovato, al dì della sua morte, proprietario della totalità dello immobile. (Cass., 28 feb. 1826).

Art. 1024.

— Il legatario di corpi certi, in concorrenza con altri legatari, non deve subire alcuna riduzione (Grenoble, 13 dec. 1831).

— I legatari di corpi certi non possono soffrire la riduzione proporzionale de' loro legati che quando si tratta di soddisfare al pagamento di una riserva. (Nîmes, 11 mag. 1841).

— Il legatario di un corpo certo non è tenuto, in caso d' insufficienza della successione pel pagamento de' legati di somme di denaro, a soffrire una riduzione del suo legato, o a concorrere per contribuzione al pagamento degli altri legati. (Tolosa, 18 apr. 1834).

Art. 1035 a 1038.

— La valutazione de' fatti e delle intenzioni che operano la rivocazione delle disposizioni testamentarie ne'casi preveduti dallo art. 1036, C. civ., è del dominio esclusivo de' tribunali di prima istanza e delle corti reali. (Cass., 29 marzo 1832).

— Il legato particolare che un testatore fa al suo legatario universale, a causa dell' onere impostogli di essere suo esecutore testamentario, non opera la rivocazione del legato universale per causa d'incompatibilità, massime se il legatario non può trarre alcun vantaggio dal legato particolare (Cass., 29 mag. 1832).

— La valutazione delle clausole incompatibili e rivocatorie contenute in due testamenti della stessa data rientra nelle attribuzioni esclusive del giudice del merito. (Cass., 3 giu. 1834).

— Non dà adito a cassazione lo arresto che decide, nel senso assoluto del testatore o per semplice via d' interpetrazione, di esservi incompatibilità tra due disposizioni testamentarie di somme di danaro differenti fatte posteriormente l' una all' altra, e che pronuncia quindi la rivocazione della prima con la seconda. (Cass., 8 lug. 1835).

— Un arresto è abbastanza motivato quando, sulla quistione di sapere se un testatore à voluto rivocare il suo testamento con una donazione posteriore, la corte reale à considerato che il testatore non aveva cumulato gli atti che per corroborarli. Le menzioni prescritte dalla legge per la validità de' testamenti autentici, debbono farsi, non da' testatori, ma da notai. (Cass., 13 mag. 1829).

— La legge non avendo prescritto termini sacramentali per esprimere tali menzioni, una corte reale può dichiarare valido un testamento, sebbene le menzioni delle formalità essenziali sieno state messe nella bocca del testatore, se giudica che il notaio si è appropriato tali menzioni, dichiarando egli stesso alla fine dell' atto che tutte le formalità sono state adempite. (Cass., 13 mag. 1929).

— Un codicillo contenente un legato di 3,000 fr. a favore di un domestico, in contemplazione de' suoi servigi, non produce la rivocazione di un precedente testamento, contenente un legato di 1,800 fr. e de' beni mobili a favore della stessa persona per la stessa causa. (Riom, 8 nov. 1830).

— L' istituzione di un legato universale non produce la rivocazione de' legati particolari contenuti in un precedente testamento. (Riom, 8 nov. 1830).

— Il legato universale non è rivocato con una donazione posteriore al testamento che relativamente a' beni compresi in questa donazione, e non per tutti gli altri beni di cui il donatore si trova in possesso al dì della sua morte. Almeno lo arresto che così decide secondo la interpetrazione degli atti, sfugge alla censura della corte di cassazione. (Cass., 15 nov. 1841).

ART. 1039 a 1043.

— Lo erede istituito profitta egli solo, in mancanza di erede riservatario, della caducità dei legati nulli, viziosi o non raccolti, ed à il dritto esclusivo di provocarne la nullità. (Cass., 22 lug. 1835).

— Il legato del godimento di ciò che rimarrà a decorrere del fitto di un immobile dopo la morte del testatore non è colpito di caducità sol perchè era spirato vivente il testatore, se lo affitto è stato da costui rinnovato, e sussisteva ancora all' epoca della sua morte (Cass, 12 dec. 1831).

— La divisione testamentaria fatta da un padre tra tutt' i suoi figli non divien caduca per la premorienza dell' uno di essi. (Limoges, 29 feb. 1882).

— Un legato fatto sotto la condizione che il legatario, che era commesso del testatore, abiterebbe la casa di quest' ultimo al momento della morte, à potuto esser mantenuto, sebbene il legatario risiedesse altrove all'epoca indicata, e fosse soltanto addetto alla casa del testatore ed a' suoi affari commerciali, senza che una simile interpetrazione dal canto de' giudici del fatto contenga un eccesso di potere nè la violazione di alcuna legge. (Cass., 21 gen. 1838).

— Quando un testatore, avendo imposto al suo legatario come condizione del legato a lui fatto l' obbligo di prendere i suoi nomi e cognomi, non à fissato il termine durante il quale sarebbe tenuto ad eseguire la condizione, questa condizione può reputarsi mancata, ed il legato può essere annullato sul semplice visto di un' ordinanza che limita espressamente l' addizione de' nomi e cognomi domandati dal legatario ad un solo de' nomi del testatore. (Cass., 4 lug. 1836).

— Il legato della quota disponibile o di parte disponibile de' beni, fatto a favore di un successibile assente al quale è sostituito, nel caso in cui non ricomparisse al termine di un certo numero di anni, un individuo che fosse succeduto al testatore per mancanza dello assente, à potuto, nella ipotesi della morte dello assente prima del testatore, esser dichiarato valido e devoluto al sostituito, soltanto sotto la condizione espressa nel legato. Non si sarebbe ammessi a sostenere che il legato è nullo in quanto concerne lo assente, come fatto a persona incerta o la cui esistenza non è riconosciuta, e quindi che la devoluzione à avuto luogo al sostituito, puramente e semplicemente, in virtù della sostituzione soltanto, e non del testamento. (Cass., 11 nov. 1828).

ART. 1044 e 1045.

— Quando un testamento contiene con una sola disposizione congiuntiva un legato a favore di più legatari, e dispone inoltre che gli oggetti legati lor saran consegnati dal suo esecutore testamentario purchè li dividano tra di essi, non devesi vedere in quest' ultima clausola un assegno di parte a ciascuno de' legatari. Quindi, ed in caso di premorienza dell' uno di essi, v' à luogo ad accrescimento a favore dell' altro. (Aix, 14 dec. 1832).

— Quando il testatore, dopo di aver enunciato che lega il tale immobile a più persone, aggiunge che quest' immobile sarà diviso tra' suoi legatari in tre parti, e li incarica indi di eseguire congiuntamente e solidalmente diverse condizioni ch' egli loro impone, un simile legato deve reputarsi fatto congiuntamente e produrre accrescimento a favore de' legatari. (Cass., 18 dec. 1832).

— Non v' à assegno di parte, e quindi v' à luogo ad accrescimento quando il testatore à, con una sola e medesima disposizione, istituito due sorelle sue eredi generali ed universali per raccogliere la sua successione integrale dopo la sua morte. (Pau, 18 dec. 1834).

— Quando il testatore istituisce due persone per suoi eredi unici ed universali con eguali porzioni di tutto ciò che lascerà a morte sua, fa una disposizione congiunta che dà luogo ad accrescimento di parte. (Bordeaux, 7 gen. 1841).

— Non devesi considerare come un assegno di parte che si opponga al dritto di accrescimento la disposizione addizionale al legato congiuntivo con cui un testatore indica il modo di divisione della cosa legata tra' legatari. Tale è il caso in cui, dopo il legato congiuntivo di una porzione de' propri beni a' tre rami rappresentanti le sue tre sorelle, il testatore aggiunge che vi sarà luogo a divisione eguale, non per capi, ma per istirpi, ed ordina, imponendo degli oneri, che questi saran pagati da' legatari, congiuntamente e solidalmente. (Cass., 22 giu. 1838).

— Il legato fatto a Pietro ed a Paolo di una somma di 3,000 fr. per dividerla tra di essi in porzioni eguali è attributivo di parte nel senso dello art. 1044, C. civ., e pone ostacolo allo accrescimento. (Cass., 19 gen. 1830).

— Quando il testatore lega a due persone una somma di 3,000 fr. da dividersi tra loro in porzioni eguali, questa disposizione non è un legato congiunto, suscettivo di accrescimento nel senso dell' art. 1044 C. civ. (Tolosa, 31 lug. 1828).

— Il legato fatto al tale individuo, ed in sua mancanza a' suoi, profitta, nel caso di premorienza del legatario, a' suoi parenti collaterali

se non à lasciato discendenti. Almeno la disposizione può interpetrarsi in questo senso secondo le circostanze esistenti al momento della redazione del testamento. (Bordeaux, 10 giu. 1833).

— Basta che un legato congiunto sia gravato di sostituzione perchè non vi sia luogo ad accrescimento in favore de' collegatari a danno de' sostituiti. (Parigi , 11 mar. 1846).

— La capacità di un erede istituito non può essere censurata che da coloro i quali , in sua mancanza, raccoglierebbero la eredità. Pertanto , quando una disposizione testamentaria è fatta congiuntamente *re et verbis* a favore di più persone , lo erede naturale non à qualità per censurare la capacità personale di qualcheduno de' gratificati , se la capacità degli altri è riconosciuta ed incontrastabile. (Cass. , 13 apr. 1830).

— Non si può considerare come costituente un legato universale la disposizione con cui il testatore, dopo di aver fatto diversi legati particolari , aggiunge che ciò che rimarrà della sua successione dopo il pagamento di questi legati apparterrà , per accrescimento e proporzionalmente , a coloro fra' suoi legatari a cui à fatto de' legati in danaro , salvo riduzione tra essi in caso d' insufficienza. (Orleans , 31 ag. 1831).

Art. 1046 e 1047.

— Se il legatario si è reso colpevole verso il testatore di un delitto grave , come p. e. un furto commesso a suo danno , v' à luogo a rivocazione del legato sulla domanda degli eredi. Questa decisione non sarà ammessa se la distrazione non presentasse il carattere di una distrazione fraudolente punibile con le pene applicate dalla legge penale. (Bordeaux , 16 ag. 1838.)

— Le sottrazioni di poca importanza commesse dal legatario , senza intenzione ben determinata , non potrebbero produrre rivocazione del legato. (Parigi , 17 gen. 1833).

— La sottrazione fatta dal donatario di oggetti dipendenti dalla succesione non produce necessariamente la rivocazione del legato, se non si trova nel fatto la intenzione di arrecar onta alla memoria del testatore. (Cass., 25 giu. 1822).

— La prescrizione annale , che è opponibile all' azione di rivocazione , non incomincia a correre contro lo erede che dal dì in cui à avuto cognizione del delitto. (Amiens, 16 giu. 1821).

— La rivocazione del legato , come la caducità, profitta esclusivamente a colui che è investito della successione e specialmente della quota disponibile. (Limoges , 20 dec. 1830).

— Se il testatore, prevedendo che il legato potrebb' esser dichiarato caduco e potrebb'esser rivocato, ne avesse fatta un' attribuzione condizionale, la sua volontà a tal riguardo dovrebbe eseguirsi. (Cass. , 15 lug. 1828).

— L' azione di rivocazione , come ogni altra azione che interessi la eredità , non può intentarsi che da colui che è investito del dritto ereditario, e per tal modo il dritto di procedere appartiene esclusivamente al legatario universale , che è il solo chiamato a profittare , sia della caducità del legato , sia della rivocazione. (Cass. , 29 mag. 1832).

Art. 1048 a 1052.

— In caso di sostituzione a favore de' nipoti del testatore , il pagamento de' legati particolari in capitali e rendite perpetue non può esser posto a carico dello erede riservatario gravato di sostituzione. Lo ammontare di questi legati deve , all' opposto , prelevarsi sulla quota disponibile. Non però così de' legati di rendite e di pensioni vitalizie; il gravato di sostituzione è tenuto a pagarle come un onere naturale de' frutti di cui à il godimento. (Parigi, 30 gen. 1838).

— Per determinare se la sostituzione scemi la riserva, il valore è abbastanza fissato, cioè, rispetto a'beni mobili, con l'apprezzo dello inventario contraddittorio , e rispetto agli immobili , con la stima di un solo perito, quando queste operazioni sonosi fatte col consenso del gravato e del tutore alla sostituzione.

Art. 1075 a 1080.

— Le divisioni di ascendenti son sottomesse alle regole generali che governano le divisioni , massime in quanto alla composizione delle quote che debbono in principio esser composte di oggetti di egual natura , salvo che la divisione in natura possa farsi commodamente. (Cass., 12 apr. 1831).

— Le divisioni non son sottomesse alle regole ordinarie neppur relativamente alla composizione delle quote. (Lione, 20 gen. 1837).

— In una divisione di ascendenti non può attribuirsi all' uno de' figli la totalità de' mobili e la quasi totalità degli immobili , ed agli altri taluni immobili soltanto ed un supplemento in danaro. (Limoges , 5 ag. 1836).

— In una divisione di ascendenti sarà permesso di mantener la composizione delle quote, ancorchè non fosser formate rigorosamente di oggetti di egual natura , se la differenza non à importanza, avuto riguardo alla massa ereditaria. (Cass. , 12 ag. 1840).

— I genitori che voglion fare la divisione dei loro beni , conformemente allo art. 1075 C.

civ., possono non fare che una massa de' loro due patrimoni, e distribuirli a' loro figli, in guisa che la totalità de' beni del padre sia attribuita a certi figli, e tutti i beni della madre a certi altri. (Liège, 8 mar. 1832).

— Quando l' atto di una donazione fatta da genitori a' loro figli determina e fissa la parte a cui i donatari avran dritto in ciascuno degli immobili donati, v' à in ciò una divisione anticipata, nel senso degli art. 1075 e 1076 C. civ., ancorchè, con quest' atto, la divisione de' beni non sia operata tra' donatari. (Cass., 14 feb. 1832).

— L' atto con cui un padre dà a tutt' i suoi figli, in porzioni eguali, la sua parte in un immobile che possiede indivisamente con essi, contiene una vera divisione di ascendente, nel senso degli art. 1075 e 1076, massime quando con questo stesso atto, i suoi figli àn proceduto tra di essi alla divisione della porzione data sotto la influenza e con l' assenso del loro genitore. Quest' atto quindi è solo soggetto al dritto proporzionale di 1 p. % fissato dallo artic. 3 L. 16 giu. 1824. (Cass., 10 ag. 1831).

— Lo art. 3, L. 16 giu. 1824, portante che il dritto di registratura fissato da' paragrafi 4 e 9, art. 99, L. 22 frim. an. VII, per le donazioni tra vivi in linea diretta, ad 1 fr. e 25 cent. per 100 franchi su' beni mobili ed a 2 franchi e 50 centesimi su' beni immobili, e ridotto, in quanto concerne le donazioni portanti divisione, fatte con atti tra vivi, conformemente agli art. 1075 e 1076 C. civ. dai genitori od altri ascendenti tra' loro figli o discendenti, al dritto di 25 centesimi per 100 franchi su' beni immobili, è applicabile all'atto con cui un padre fa donazione tra più de' suoi figli soltanto e senza dividerla loro. (Cass., 26 apr. 1836).

— L' atto con cui un padre dà un immobile a' suoi due figli in porzioni eguali contiene una vera divisione di ascendente nel senso degli art. 1075 e 1076, ancorchè con lo stesso atto i figli abbiano stipulato che lo immobile donato rimarrebbe tra essi indiviso; quindi, quest'atto è solo soggetto al dritto proporzionale di uno per cento. (Cass., 26 mar. 1833).

— La legge del 16 agosto 1824, che à ridotto ad 1 p. % il dritto di registratura degli atti tra vivi, portanti divisione di ascendenti, è inapplicabile quando questi atti non sono stati stipulati innanzi notaio. (Cass., 22 mag. 1833).

— Una donazione portante divisione di ascendente deve godere della riduzione de' dritti pronunciata dalla legge del 16 giugno 1824, anche quando è fatta privatamente, in luogo di esserlo con atto autentico. (Cass., 21 dec. 1831).

— L' enunciazione de' debiti dello ascendente donatore, messi a carico del donatario, in un atto di divisione redatto in conformità degli articoli 1075 e 1076 C. civ., ed in cui i terzi creditori non sono intervenuti, non dà adito ad un dritto di registratura, tuttochè l'atto non indichi che i titoli costitutivi de' creditori sono registrati. (Cass., 21 giu. 1832).

— Un atto di divisione di ascendente non può derogare allo art. 866, C. civ., secondo cui il conferimento dell' eccedenza della quota disponibile deve farsi in natura, quando la riduzione di questa eccedenza può operarsi senza inconveniente. (Rouen, 14 giu. 1836).

— L'atto di abbandono fatto da un ascendente a taluni de' suoi figli anche a titolo di regolamento di conto deve pur sempre considerarsi come un atto di divisione a titolo ereditario; e quindi dev' essere annullato se tutt' i figli non vi sono stati chiamati; salvo a rifare la liquidazione de' conti che potevano realmente esistere tra lo ascendente ed i figli. (Cass., 20 giu. 1837).

— La dimission de' beni fatta dal padre in favore de' figli, ed accettata da costoro, li rende inammessibili ad impugnare gli atti che il padre avesse fatti in danno della madre di cui sono egualmente eredi, perchè riunivan così la doppia qualità di debitori e di creditori (Cass., 12 ag. 1840).

— La divisione testamentaria fatta dal padre e dalla madre tra' loro figliuoli è colpita di caducità con la morte dell' uno di essi prima del testatore, ancorchè il figlio morto lasci de' discendenti che lo rappresentino. Questa caducità colpisce soltanto la divisione e le disposizioni relative al figlio premorto, senza attaccare i vantaggi legalmente fatti agli altri figli ed il cui mantenimento è indipendente dalla nullità della divisione. (Bordeaux, 2 marzo 1832).

— Una divisione di ascendenti non può dar luogo a rescissione che per lesione di più del quarto e non per semplice errore anche materiale il cui pregiudizio non andasse tant' oltre. (Cass. 26 nov. 1833).

— L'azione di rescissione per causa di lesione della divisione fatta da un padre tra' suoi figli, sotto riserva di usufrutto, non può intentarsi che dopo che la successione si è aperta. (Bordeaux, 26 lug. 1838).

— Il termine dell' azione di rescissione contro una divisione tra vivi non corre che dal dì della morte dello ascendente. (Caen, 15 giu. 1835).

— L'azione di rescissione per causa di lesione doveva formarsi entro i dieci anni dall'atto di divisione, e non soltanto entro i dieci anni dall'apertura della successione del dimittente. (Bordeaux, 1 apr. 1833).

— Il termine di dieci anni, entro cui deve

formarsi l'azione di rescissione contro le divisioni di ascendenti fatte sotto la forma delle donazioni tra vivi, corre dal dì stesso della confezione dell'atto e non dal dì della morte dello ascendente. (Cass., 12 lug. 1836).

— La divisione di ascendente dalla quale risulta un deficit nella riserva di un erede non è nulla; dà soltanto luogo ad un complemento. (Cass., 6 giu. 1834).

ART. 1081 a 1085.

— La donazione fatta col contratto di matrimonio a favore dell' uno de' coniugi e *de'suoi figli nascituri* non può intendersi che de' figli da nascere dal matrimonio a cui si riferisce il contratto. (Bourges, 19 dec. 1821).

— V' à istituzione contrattuale quantevolte il donatore assicura all'uno dei futuri coniugi una parte determinata nella sua successione. (Cass., 8 dec. 1837).

— La istituzione contrattuale risulta dalla istituzione fatta dal padre, dalla madre, o da ogni altro ascendente, allorchè il donatore aggiunge che si obbliga a non dotare i suoi figli di una parte maggiore di quella data a colui che si marita, o quando promette di fare tra tutt' i suoi figli una divisione eguale di tutt' i beni che lascerà a morte sua. Son queste delle disposizioni che ligano irrevocabilmente il padre di famiglia e che debbon ricevere la loro piena ed intiera esecuzione. (Cass., 11 mar. 1834).

— Se la disposizione non è chiaramente espressa e v'à dubbio sulla vera intenzione del donatore, si appartiene ai tribunali di investigare ciò che à realmente voluto fare. (Riom, 6 giu. 1832).

— Dopo conchiuso il matrimonio, il contratto nuziale non può esser modificato sotto alcun pretesto, e non sarebbe più permesso al donatore, di aggiungere alla donazione nuove condizioni. Non gli sarebbe più permesso di aggiungere alla donazione l' onere della sostituzione, neppure a favore di tutt' i figli nati o da nascere del donatario. (Douai, 28 marzo 1835).

— Il donatore non può mai disporre dei beni compresi nella donazione in frode della istituzione da lui fatta. (Cass., 27 feb. 1821).

— Il donatario che accetta la donazione contrattuale siccome è stata fatta, è tenuto a pagare, in prorata de' suoi dritti nella successione, tutti gli oneri e debiti di cui è gravata. (Limoges, 16 dec. 1835).

— Le corti reali ànno ogni potere per interpetrare la intenzione che le parti ànno avuta in un contratto di matrimonio di fare cumulativamente una donazione di beni presenti ed una donazione di beni futuri. (Cass., 30 gen. 1839).

— Il donatore è obbligato a fare a sue spese radiare le iscrizioni ipotecarie che colpiscono in nome suo i beni donati. (Rouen, 3 luglio 1828).

— L'accettazione di una donazione esclusiva non à d'uopo di essere enunciata in termini sacramentali, purchè risulti da una clausola positiva. (Bastia, 2 marzo 1835).

— Non devesi considerare che come donazione a causa di morte, non operando punto spossessamento attuale a favore del donatario, la donazione per contratto di matrimonio di un immobile, fatta con riserva di usufrutto da' genitori a favore del loro figlio e de' suoi discendenti, per raccogliere questo immobile nello stato in cui lo lasceranno al momento della loro morte, ancorchè lo immobile sia detto donato in piena proprietà, e che i donatari si sieno interdetti di venderlo o ipotecarlo. (Cass., 20 nov. 1833).

— Quando una donazione per contratto di matrimonio di beni presenti e futuri, fatta con riserva d' usufrutto e sotto condizione di un dritto di restituzione, contiene la stipulazione che questa restituzione non impedirà che il donatario disponga di una somma determinata, v' à trasmissione attuale di questa somma a favore del donatario, e luogo per conseguenza alla percezione del dritto proporzionale di mutazione. (Cass., 20 marzo 1833).

— Quando un donatore à donato per contratto di matrimonio una somma di danaro al suo successibile, dichiarando che la donazione era fatta precipuamente sugli altri eredi con cui il donatario concorreva alla divisione della successione, dopo prelevata la detta somma, questa clausola à potuto esser considerata come non contenente una istituzione di erede a favore del donatario, in guisa che il donatore à potuto disporre ulteriormente della totalità della sua successione. (Cass., 19 nov. 1834).

— La promessa di eguaglianza di parte ereditaria fatta per contratto di matrimonio ad un figlio da'suoi genitori, è una istituzione contrattuale che non permette a costoro, non solo di disporre gratuitamente di niuna parte della loro successione, ma neppur di gravare di sostituzione anche parziale, la parte ereditaria del figlio istituito. (Douai, 28 marzo 1835).

— Le donazioni fatte per contratto di matrimonio non producono ipoteca a favore de'coniugi donatari su' beni del donatore se non quando è stata espressamente stipulata. (Bordeaux, 17 marzo 1836).

— Un' istituzione contrattuale era irrevocabile sotto lo impero del dritto consuetudinario, e non poteva quindi esser trasferita dallo

istitnente sul capo di un altro figlio, anche col consenso dello istituito; ma la nullità di una tale convenzione si trovava prescritta contro i figli del primo istituito, dopo dieci anni dal dì della loro maggioretà. (Limoges, 19 gen. 1835).

— Quando una donazione fatta per contratto di matrimonio comprende de' beni presenti e futuri, se non è stato annesso all' atto uno stato de' debiti ed oneri, il donatore riman libero di disporre a titolo oneroso de' beni donati e di ridurre pertanto la donazione che à fatto ai beni che possedeva all' epoca della sua morte. (Cass. , 31 marzo 1840).

— Quando in un contratto di matrimonio è fatta donazione all'uno de'coniugi 1° della nuda proprietà di certi beni con ispossessamento immediato della parte del donatore e consegna autentica de' titoli di proprietà nelle mani del donatario; 2° di tutt' i beni mobili ed immobili che il donatore possederà al dì della sua morte; è forza considerare una simile disposizione come contenente due donazioni distinte, l' una di beni presenti, l' altra di beni futuri, in luogo di vedervi una donazione cumulativa siccome è stata deffinita dallo art. 1084. (Cass., 18 mar. 1835).

— In questo caso il donatario può, alla morte del donatore, rinunciare a' beni futuri per attenersi a' beni presenti, tuttochè non vi sia stato uno stato de' debiti ed oneri del donatore al momento della donazione annesso al contratto di matrimonio. (Cass., 18 mar. 1835).

— Non devesi vedere che una donazione a causa di morte nella donazione cumulativa di beni presenti e futuri fatta per contratto di matrimonio; e quindi solo alla morte del donatore è il donatario investito, anche in quanto a' beni presenti. (Bordeaux , 19 lug. 1831).

— Una seconda istituzione contrattuale della universalità di tutt' i beni mobili ed immobili che lo istituente lascerà a morte sua non può produrre alcun effetto in presenza di una prima istituzione di egual natura. I giudici non possono essere autorizzati, in questo caso, a convertire la seconda istituzione in un legato di una somma modica. (Rouen, 24 mag. 1841).

— La seconda istituzione potrebbe produrre il suo effetto se il primo istituito vi avesse dato il suo consenso. (Bourges , 29 ag. 1832).

— Non devesi considerare come donazione attuale, soggetta al dritto proporzionale di registratura, la disposizione con cui de' genitori, nel contratto di matrimonio della loro figliuola, le costituiscono in dote una somma pagabile sei mesi dopo la loro morte, con interesse fino a quest' epoca e riserva del dritto di restituzione a favore de' donatori, ancorchè costoro non abbian conferita alcun' ipoteca per sicurezza del pagamento di tal somma. (Cass., 8 dic. 1831).

— Non devesi considerare come donazione attuale, soggetta al dritto proporzionale di registratura, la disposizione con cui de' genitori nel contratto di matrimonio della loro figliuola le costituiscono in dote una somma pagabile con ipoteca, sei mesi dopo la loro morte, tuttochè si obblighino di pagare l' interesse fino a tal epoca, e si sieno riservato il dritto di restituzione. (Rouen, 27 giu. 1832).

Art. 1086 a 1090.

— La rivocazione profitterà agli eredi legittimi del donatore quantevolte poggerà non su di una clausola accidentale, ma sulla disposizione fondamentale della donazione. (Riom, 18 mag. 1826).

— Tuttochè una donazione contrattuale di beni presenti e futuri sia suscettiva di divenir caduca, a' termini dello art. 1089, C. civ., con la premorienza del donatario senza figli, e verificatasi questa condizione, i beni debbano rimanere al donatore liberi da ogni peso di cui il donatario premorto li avesse gravati, un arresto può, senza violare alcuna legge e secondo la valutazione delle diverse clausole del contratto di matrimonio che contiene la donazione, dichiarare che i beni donati non àn fatto ritorno al donatore superstite che con gli oneri dell' ipoteca legale della moglie del donatario morto senza posterità. (Cass. , 7 apr. 1829).

— La donazione fatta a titolo di precipuo da un padre al figlio, maritandolo, di una porzione qualsiasi della sua quota disponibile, è una disposizione a causa di morte, che conseguentemente diviene caduca con la morte del donatario senza posterità. (Cass. , 12 giu. 1832).

Art. 1091 a 1093.

— Si appartiene al giudice di investigare se la condizione di sopravvivenza è espressa nell'atto, ed a tal riguardo deve piuttosto attenersi alla intenzione presunta delle parti che a' termini stessi che l' atto contiene. (Cass. , 24 gen. 1822).

— Le donazioni fatte tra coningi per contratto di matrimonio son sottomesse alle regole generali che governano le donazioni. Se vertono su mobili, debbon contenere lo stato stimativo di cui lo art. 948 C. civ. fa menzione (Limoges , 28 nov. 1826).

— Son sottomesse per gl' immobili, in quanto concerne i terzi, alla formalità della trascrizione, massime riguardo alle donazioni contenenti una trasmissione attuale di proprietà. (Cass. , 4 gen. 1830).

— In mancanza di trascrizione, se è dona-

taria la moglie, avrà su' beni del marito, a causa appunto di questa mancanza di trascrizione, un' ipoteca legale che escluderà sempre i creditori posteriori al dì della celebrazione del matrimonio. (Cass., 4 feb. 1835).

— Una donazione per contratto di matrimonio, e massime una donazione tra coniugi, à potuto essere impugnata ed annullata per causa di captazione. (Douai, 10 gen. 1835).

— Una moglie può esser reputata aver rinunciato alla donazione a lei fatta dal marito nel loro contratto di matrimonio, quando dopo la morte di costui à reclamata l' esecuzione di un testamento con cui il marito avea sostituito alla donazione contrattuale un legato di una somma determinata in favore del donatario. (Cass., 21 mar. 1832).

— La donazione contrattuale, fatta da un marito alla sua futura, di una somma determinata, con facoltà, in caso di sopravvivenza, di realizzare questa somma in beni fondi dipendenti dalla sua successione, non impedisce che il marito venda o ipotechi questi stessi beni durante la sua vita, salvo lo effetto della ipoteca legale della moglie. (Cass. 4 feb. 1835).

— La disposizione con cui una moglie dona al marito, in caso di sopravvivenza, diversi oggetti, e gli costituisce tra l' altro una rendita vitalizia, non conferisce al marito, sin dallo istante del matrimonio, un dritto acquisito sottomesso alla condizione sospensiva della premorienza della moglie, in guisa che il marito possa dopo la separazione personale, prendere su i beni della moglie una iscrizione per la conservazione de' suoi dritti. (Cass., 1 lug. 1829).

— Ogni donazione fatta per causa di matrimonio è irrevocabile, tanto quella che à luogo a favore dell'uno de'coniugi soltanto quanto quella che fosse fatta ad entrambi. (Rouen, 24 mag. 1841).

— L' azione di rivocazione esercitata da creditori non può avere per effetto di annullare le rivendite del bene, a danno de' terzi detentori di buona fede, che ànno acquistato dal donatore e dal donatario solidalmente. (Parigi, 11 lug. 1829).

Art. 1094.

— Il coniuge può donare ad un tempo ad un estraneo la quota disponibile ordinaria, ed al coniuge superstite l' usufrutto della riserva degli ascendenti. Non è necessario che la quota disponibile e l' usufrutto della riserva sien donati al coniuge. (Cass., 18 nov. 1840).

— L' uno de' coniugi può legare all' altro coniugo l' usufrutto della riserva legale dello ascendente superstite. (Cass., 18 nov. 1840).

— La disposizione universale fatta da un coniuge a favore dell' altro coniuge comprende l' usufrutto della riserva legale degli ascendenti quand' anche il disponente non si è spiegato a tal riguardo. (Grenoble, 8 apr. 1829).

— Il coniuge che à donato col suo contratto di matrimonio all' altro coniuge superstite la metà de'suoi beni in usufrutto, non può più donare il quarto in nuda proprietà all' uno dei suoi figli se, a morte sua, si trovano al numero di tre. (Cass., 24 lug. 1839).

— Il padre che à disposto col suo contratto di matrimonio, in favore della moglie, della metà de' suoi beni in usufrutto, non può più, nel caso in cui lasciasse tre figli almeno a morte sua, legare all' uno di essi il quarto de'suoi beni in nuda proprietà. (Besançon, 13 feb. 1840).

— Quando un coniuge à donato all' altro coniuge, sia prima, sia dopo il Codice civile, la metà dell' usufrutto de' suoi beni, non può, secondo il Codice, donare ancora la nuda proprietà del quarto ad un estraneo, o precipuamente ad un figlio. (Limoges, 26 mar. 1833).

— Il coniuge che à donato al coniuge superstite l' usufrutto della metà de' suoi beni, à esaurito, con tal donazione, la totalità della quota disponibile, se muore lasciando quattre figli legittimi. Ogni qualsiasi legato che avesse fatto a favore di un estraneo, deve quindi esser dichiarato nullo come cadente sulla riserva legale de' figli. (Douai; 24 febbraio 1840).

— Il coniuge che, col suo contratto di matrimonio à donato all' altro coniuge la metà de' suoi beni in usufrutto, può eziandio, se ha tre figli, disporre, con un atto separato, in favore di un altro donatario della nuda proprietà del quarto. (Lione, 10 febbraio 1836).

— Il legato del quarto in proprietà, o del quarto in usufrutto, fatto dall' uno de' coniugi all' altro coniuge, dei beni che si trovano comporre la successione del testatore, costituisce il dono della porzione disponibile, siccome è determinata dallo art. 1094. (Cass., 8 gen. 1834).

— La donazione per contratto di matrimonio fatta all' uno de' coniugi del quarto di tutt' i beni che si troveranno comporre la successione dell' altro coniuge al dì della sua morte, può esser considerata come una donazione limitativa fatta, non a titolo universale, ma a titolo particolare, in guisa che il coniuge donatario non avrà dritto che al quarto de' beni esistenti in natura al dì della morte senza essere ammesso ad astringere i donatari anteriori a conferire alla successione ciò che àn ricevuto. (Parigi, 7 marzo 1840).

— Il coniuge che è dichiarato legatario universale in usufrutto soltanto, non può reclama-

re che un usufrutto ; pertanto , non à dritto , in caso di esistenza di figlio , che all' usufrutto della metà della successione , e non può esigere un quarto in usufrutto ed un quarto in tutta proprietà la cui disposizione era autorizzata in suo favore dallo art. 1094 (Angers , 8 lug. 1840).

— La donazione universale in usufrutto , fatta per contratto di matrimonio, è ridotta, in caso di esistenza di figli al dì della morte del coniuge donatore , alla metà in usufrutto soltanto , salvo che siasi fatta col contratto istesso un'altra attribuzione nella preveggenza di questo caso. (Bourges , 12 mar. 1839).

— Il coniuge che lega all'altro coniuge l'usufrutto della metà di tutt' i beni , può , anche pel caso in cui lascia de' figli riservatari , dispensarlo dal fornir cauzione. (Rouen, 13 giu. 1840).

— Lo art. 601 , C. civ., secondo cui l' usufruttuario può esser dispensato dal dar cauzione , non è applicabile al caso in cui un coniuge à donato all' altro coniuge per contratto di matrimonio l' usufrutto della porzione dei beni riservata ai discendenti dallo art. 1094 , C. civ. (Parigi , 9 nov. 1836).

— Quando la quota disponibile ordinaria è stata attribuita al coniuge mercè una donazione contrattuale , non può più farsi alcuna disposizione in favore di un estraneo. (Cass., 7 gen. 1824).

— Devesi considerare la donazione di una metà in usufrutto come rappresentante il quarto in piena proprietà. (Agen , 1 lug. 1824).

— Nella disposizione fatta a favore del coniuge superstite di un quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto , se si è fatta col contratto di matrimonio una donazione a' figli da nascere , sugli acquisti , si deve comporre la massa, riunendovi , ma fittiziamente, la metà di acquisti del coniuge donatore a'suoi propri, e calcolare sul tutto il valore del legato. (Bordeaux, 2 lug. 1840).

Art. 1095.

— È valida la donazione fatta da un minore nel suo contratto di matrimonio col solo consenso della madre , ancorchè costei , rimaritata in seconde nozze , non abbia convocato il consiglio di famiglia per esser mantenuta nella tutela. (Bastia , 3 feb. 1836),

— Il consenso del consiglio di famiglia rispetto alle donazioni poste nel contratto di matrimonio deve cader sulle condizioni stesse della donazione: l' allegazione di un consenso vago e generale non sarebbe sufficiente. (Cass. , 5 mar. 1838).

Art. 1096 e 1097.

— Il vero carattere delle donazioni tra coniugi è di costituire sotto la nostra legislazione attuale delle donazioni a causa di morte. (Cass., 22 gen. 1838).

— Il coniuge dichiarato donatario non sarà tenuto a domandare la consegna perchè l'origine del suo dritto rimonti ad un atto fatto tra vivi. (Cass. , 5 apr. 1836).

— La donazione fatta tra coniugi produce tutti gli effetti di una donazione tra vivi , se la condizione di sopravvivenza del donatario non è stata formalmente espressa nell' atto ; e quindi il dritto a raccogliere la donazione alla morte del donatore passa agli eredi del donatario premorto. (Limoges, 1 feb. 1840).

— La donazione fatta da un coniuge all'altro coniuge durante il matrimonio è rivocata col dono precipuario che à indi fatto a suo figlio, o fino a concorrenza di questo dono. (Montpellier , 27 mar. 1835).

— La disposizione dello art. 1097 è una disposizione di ordine pubblico che à colpito tutt' i matrimoni sussistenti al dì della sua promulgazione , in guisa che tutte le donazioni reciproche e mutue, che non avevan prodotto il loro effetto , si son trovate annullate pel solo fatto della promulgazione del Codice civ. (Douai , 31 lug. 1837).

Art. 1098.

— Rispetto alle donazioni fatte precipuamente e fuori parte, il coniuge donatario della quota disponibile non può domandarne che il conferimento fittizio. (Parigi 19 lug. 1833).

— La donazione fatta , in caso di seconde nozze, del quarto di tutt' i beni che si troveranno comporre la successione del coniuge che si rimarita al dì della sua morte , può essere interpetrata nel senso che il donatore non à voluto realmente donare che il quarto de' beni che esisterebbero in natura al dì della sua morte , senza riunirvi quelli di cui potrebbe esigersi il conferimento anche fittiziamente. (Parigi , 7 mar. 1840).

— La moglie donataria del marito, per una parte di figlio , non può essere assimilata ad un erede , e per conseguenza , sebbene abbia il dritto di reclamare il conferimento fittizio de'doni fatti dal marito a'propri figli, all'uopo di determinare la quota della parte che le è dovuta, non può esigerne il conferimento reale. (Parigi , 9 giu. 1836).

Art. 1099 e 1100.

— La moglie potrà , senz' autorizzazione dal marito nè del magistrato , rivocare , a'ter-

mini dello art. 1096, una donazione che avesse fatta ad un figlio del marito, nato da un altro matrimonio, come se la donazione fosse stata fatta direttamente al marito medesimo. (Cass., 11 nov. 1834).

— Le donazioni tra coniugi, celate sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, o fatte a persone interposte, sono assolutamente nulle pel tutto. (Cass., 27 mag. 1838).

— Le donazioni occulte fatte da un coniuge che abbia de' figli di un primo letto, a favore del suo secondo coniuge, son nulle pel tutto, e non soltanto riducibili alla quota disponibile determinata dagli articoli 1098 e 1099. (Tolosa, 13 ag. 1835).

— La donazione fatta da una moglie al figlio del marito nato da un precedente matrimonio, è nulla, quand'anche non oltrepassasse la quota di cui la moglie poteva disporre direttamente in favore del marito. (Cass., 11 nov. 1834).

— In caso di separazione personale e di beni, il marito donatore è ammesso a deferire alla moglie il giuramento decisorio sulla quistione di sapere se ella gli à realmente arrecato la somma che si à costituita in dote. (Orleans, 24 lug. 1835).

— I figli di un primo letto potrebbero, in caso di separazione personale, domandare per la conservazione de' loro dritti eventuali, che lo ammontare della ricognizione rimanesse nelle mani del loro padre, a condizione dal canto di costui di pagarne gl' interessi. (Grenoble, 2. lug. 1831).

— La donazione occulta fatta da un coniuge vedovo che abbia de' figli di un primo letto, a favore del suo nuovo coniuge, è colpita da una nullità assoluta, e non soltanto riducibile. (Cass., 27 mag. 1838).

— La donazione di una somma di danaro fatta dal marito alla moglie, durante il matrimonio, non è rivocata da una donazione posteriore, a titolo di precipuo, in favore di un figlio nato da un primo letto tuttochè queste donazioni riunite eccedano la quota disponibile, massime se non è giustificato che, all'epoca della seconda disposizione, il donatore sapeva che le due liberalità eccedevano il quarto della sua fortuna. (Tolosa, 21 mag. 1839).

— La donazione fatta da una moglie al figlio del marito del primo letto, è nulla come presunta fatta al coniuge medesimo con interposizione di persona, nello scopo di eludere la disposizione della legge che vuole che le donazioni tra coniugi sien sempre rivocabili. (Parigi, 14 ag. 1835).

— La donazione fatta dall' uno de' coniugi, a favore di un figlio dell' altro coniuge, non è necessariamente nulla, postochè non ecceda la quota disponibile. (Bourges, 9 mar. 1826).

GIURISPRUDENZA NAPOLETANA

DAL 1809 AL 1822.

— Le donazioni di alimenti per causa di matrimonio rimangon pure rivocate per la sopravvegnenza di figli. (C. C. N. 14 giu. 1810).

— La donazione della falcidia non può estendersi a pro di eredi ab intestato nelle donazioni a causa di morte, massime quando si sia omessa la formazione dell' inventario legale. (C. C. N. 29 ag. 1811).

— Il figlio donatario, dopo aver accettata la donazione precipua fattagli dal padre, non può pretendere che il valor de' beni donati ritorni fittiziamente nella massa ereditaria per ingrandir la sua porzione di riserva: onde, precapita la donazione, si calcola la quota di riserva sul residuo del patrimonio. (C. C. N. 13 ag. 1812).

— Nella risoluzione d' una donazione per sopravvegnenza di figli al donante, i frutti maturati nel tempo intermedio si acquistano dal donatario. (C. C. N. 24 ag. 1812).

— Donata la proprietà de' beni coll' obbligo di restituirli ad altri dopo la morte del donatario, le susseguenti espressioni di usufrutto ed usufruttuario costituiscono nel donatario soltanto un dominio risolubile ed un usufrutto causale e non già formale. (C. C. N. 12 feb. 1813).

— La donazione è regolata dalla legge del tempo sotto lo impero della quale si è fatta. (C. C. N. 27 nov. 1813).

— Non è soggetto a collazione ciò che si è speso per liberare un figlio dal servizio militare. (*ivi*).

— Nè quello che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de' coeredi, quando senza colpa di lui si sia perduto (*ivi*).

— È in libertà del donatario ritener la donazione rinunziando all' eredità intestata paterna. Non rinunziando, dee conferir la donazione, quando a contemplazione di matrimonio, non si trovi espressamente esentato dalla collazione (C. C. N. 23 ag. 1813).

— Una donazione tra vivi e a contemplazione di matrimonio non rimane annullata per

essersi protratta la celebrazione del matrimonio fin dopo la morte del donante, massime quando nell' atto di liberalità non si trovi stabilito un termine entro cui debba celebrarsi. (C. C. N. 31 o. 1814).

— Nelle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio sì allo sposo e sì ai figli nascituri, questi ultimi non vengon chiamati se non con la qualità d' eredi del padre, tranne il caso in cui la chiamata fosse espressa, diretta ed accettata nelle solite forme (C. C. N. 22 ag. 1817).

— La consuetudine *Instrumenta donationum* che richiedeva la tradizione per la validità delle donazioni, aveva luogo soltanto per le donazioni semplici e non già nelle *causali*, nè quando si consegnavano al donatario i titoli della cosa donata o quando ne riteneva l' usufrutto il donante o esisteva nel contratto la clausola del *costituto* e *precario*. (C. Cass., N. 9 d. 1814).

— Non son soggetti a collazione i beni donati dal padre a' figli che ànno rinunziato alla eredità paterna. Nel caso le donazioni sieno inofficiose, saranno riducibili fino alla concorrenza della riserva dovuta agli altri figli. (C. C. N. 26 giu. 1816).

— La riserva d' usufrutto in una donazione non è d' ostacolo all' attuale trasmissione dei beni al donatario. Per esentar dalla collazione tra' coeredi le donazioni fatte dal defunto, basta che la dispensa sia espressa con parole tali, dalle quali si raccolga indubitatamente questa volontà del defunto. (C. C. N. 3 mag. 1817).

— Una donazione in cui il donatario fosse incaricato di conservare e restituire ad una terza persona, è nulla anche riguardo al donatario medesimo. (C. C. N. 8 nov. 1816).

— Una donazione del 1793, a causa di matrimonio, della sola proprietà di un fondo, da consolidarsi coll' usufrutto dopo la morte del donante e con la condizione di dovere il donatario, dopo la sua morte, cedere la proprietà e l' usufrutto di questo fondo a' suoi figli maschi *a lui sopravviventi*, in mancanza de' quali potrebbe egli disporne liberamente, non dà a' figli del donatario, *durante la costui vita*, azione per rivendicare il detto fondo espropriato al padre comune, sibbene un dritto eventuale subordinato alla loro sopravvivenza al padre medesimo. (C. S. N. 16 nov. 1820).

— La promessa fatta dal padre ne' capitoli nuziali a suo figlio a contemplazione di matrimonio, di non lederlo nella terza parte del suo asse ereditario, equivale ad istituirlo erede nella terza parte. Tal promessa contiene una donazione a favor del figlio, da cui il padre non può recedere nella porzione di cui per legge può disporre. (C. C. N. 2 ag. 1816).

— La donazione per contratto di matrimonio fatta ai figli nascituri è valida, ancorchè al tempo della morte del donante quelli non fossero neppure concepiti. (C. C. N. 31 l. 1816).

— Una donazione fatta a contemplazione di certo matrimonio ed ai figli nascituri, s'intende fatta con ordine successivo, cioè prima al padre e, morto lui, a' figli. (C. C. N. 6. d. 1816).

— Le donazioni avvenute sotto l' impero del dritto romano, le quali non sieno sottomesse nè a collazione nè a riduzione, non possono imputarsi nella quota disponibile. (C. C. N. 5 ag. 1817).

— Le donazioni fra vivi, specialmente a contemplazione di matrimonio, fatte sotto l' antica legislazione, non soggiacciono nè a collazione, nè a riduzione. (C. S. N. 31 l. 1817).

— Le donazioni possono impugnarsi per demenza de' loro autori, anche dopo la lor morte, non essendo applicabile a questi atti lo art. 427 ll. cc. (C. S. N., 4 ag. 1818).

— L' antica legislazione, ossia la Nov. 92 di Giustiniano, e non le nuove LL. CC., serve di norma per misurare la quota di beni spettante a' figli sulle donazioni inofficiose dei loro genitori. (C S. N. 6 giu. 1818).

— La donazione irrevocabilmente fatta nel 1798 dell' uso e dell' abitazione di un quartino durante la vita del donatario in compenso di fatiche che da lui sarebbero impiegate pel donante nella difesa di varie cause, vien risoluta nel caso il donatario sia promosso alla magistratura. (C. S. N. 4 s. 1819).

— Una donazione reciproca, allorchè di essa non si esprima chiaramente la natura, è da considerarsi donazione a causa di morte. (C. S. N. 18 s. 1821).

— L' accettazione della donazione non può presumersi. Quindi il semplice intervento del donatario nell' istrumento di donazione non importa accettazione. L'espressioni di cessione e rinunzia di crediti, adoperate in un atto di donazione, non son valide a toglierle questo carattere epperò a sottrarla alla necessaria accettazione. (C. S. N., 14 ap. 1821).

— In un atto di donazione non è necessario menzionare che si sia letto al donante ed ai testimoni. (C. S. N., 23 d. 1817).

— È valida una donazione tra vivi a contemplazione di matrimonio fatta con alberano, la cui minuta resti presso il notaio, ad onta del non intervento del giudice a' contratti. (C. S. N. 1 dec. 1821).

— È nulla la donazione di una somma della quale per convenzione precedentemente fatta con interessati non ai potea disporre se non per atto d' ultima volontà. (C. S. 9 f. 1821).

— La donazione di beni provenuti al donante da' suoi figli premorti, ratificata con altra

donazione di beni di proprio acquisto, è particolare: quindi il donatario non à dritto a domandare il rilascio di tutt' i beni dall'erede istituito. (C. S. N. 2 g. 1821).

— Le donazioni tra vivi trasferiscono nel donatario, anche senza l'accettazione, il dominio delle cose donate, e quelle per le quali il donante si ritenga il semplice usufrutto sua vita durante non abbisognano di tradizione formale. Siffatte donazioni son perfette, in modo da non rimanere distrutte da un testamento posteriore, benchè fatto anteriormente all'accettazione delle dette donazioni, quando nel testamento non v'è parola di rivocazione di esse. (C. S. N. 11 ag. 1821).

— La donazione irrevocabile tra vivi fatta ad un monaco è operativa nello interesse del monistero cui egli appartiene, massime quando il donatario sia il procuratore del monistero. Ancorchè tal donazione mancasse di accettazione, questa sarebbe implicita negli atti posteriori di volontaria esecuzione. (C. S. N. 7 f. 1822).

— La donazione fatta per causa di patrimonio sacro a colui che posteriormente non è asceso al sacerdozio è inefficace. L'esaminare se la donazione sia stata fatta a tal fine appartiene al criterio morale del giudice e sfugge alla censura della Corte suprema. (C. S. N. 16 m. 1822).

— Il testamento dee farsi con le forme ricevute nel luogo e nel tempo in cui si dispone, non potendo una nuova legge che le cambiasse aver effetto retroattivo. (C. C. N. 18 g. 1811).

— Nel testamento nuncupativo, cioè per atto pubblico, l'erede dev'essere nominato espressamente dal testatore, non bastando che approvi quello scritto dal notaio nel testamento. (C. C. N. 22 mag. 1810).

— Un testamento non può acquistare la qualità di titolo autentico finchè non resti assodata la sua accettazione. (C. C. N. 24 m. 1813).

— Non son validi i testamenti dettati a via di segni. (C. C. N. 30 l. 1813).

— Lasciata dal padre con testamento la porzione disponibile ad un de' figli, le espressioni usate di doversi il resto della eredità dividere in porzioni uguali fra tutti i figli sono atte a dispensare la disponibile dalla collazione. (C. C. N. 19 ap. 1814).

— Le quistioni di volontà de' testatori, come quistioni di fatto, appartengono ai giudici del merito, senza esser sottomesse alla Corte regolatrice per la massima: *quaestio voluntatis in aestimatione judicis est*. (C. C. N. 16 giu. 1814).

— È un falso assunto che non si possa ammettere la prova della non spontanea volontà del defunto a riguardo delle disposizioni testamentarie. (C. C. N. 6 s. 1815).

— Le sole sostituzioni fedecommessarie cadono sotto le nuove disposizioni dell'art. 941; ma la reciproca sostituzione di due nello usufrutto è una sostituzione volgare, che nei casi preveduti si opera per legge in virtù del dritto di accrescere. (C. C. N. 5 l. 1815).

— Non si può dar vita ad un precedente testamento sol per essersi annullata una nuova disposizione testamentaria per l'incapacità dello erede. (C. C. N. 14 ag. 1816).

— Nell'interpetrazione delle ultime volontà, ove queste presentino un dubbio, si dee sempre decidere per la libertà dei beni, che l'interesse pubblico vuole scevri da vincoli e da incagli. (C. C. N. 11 d. 1816).

— Non v'è necessità nel testamento per atto pubblico di far menzione che sia stato dal testatore e dal notaio scritto in presenza de' testimoni: basta che dopo scritto se ne dia lettura al testatore, presenti i testimoni, e di tutto facciasi menzione. (C. C. N. 26 m. 1816).

— La menzione che un testamento sia stato letto dal notaio al testatore, presenti i testimoni, può dedursi dalla combinazione delle varie enunciazioni che si trovino nell'atto. (C. S. N. 2 g. 1821).

— Ne' testamenti non debbono invocarsi e consultarsi le regole interpretative di dritto che quando, per non essersi il testatore sufficientemente spiegato, la sua disposizione presenti un senso dubbio od oscuro; giacchè in materia testamentaria, quando il legislatore, mercè leggi restrittive, à posto i limiti dello interesse pubblico, tutto il resto è nel dominio della privata volontà. (C. C. N. f. 1817).

— Nel testamento per atto pubblico, se i testimoni àn sottoscritto prima del rogito, apposto in fin dell'atto, ciò non produce una nullità per impugnare il testamento. (C. S. N. 2 o. 1817).

— Non contiene sostituzione fedecommessaria, sibbene una semplice condizione, il testamento con cui s' impone all' erede di sposare una designata donna, sotto pena che l'eredità vada ad altri. (C. S. N. 10 n. 1818).

— È valido un testamento dettato dal testatore e scritto dal notaio, in cui questi abbia dichiarato: *letto alla presenza de' testimoni* invece di: *letto al testatore in presenza de' testimoni*. (C. S. N. 31 ag. 1820).

— Non è nullo un testamento, nella cui chiusura il notaio dichiari essere stato dettato dal testatore e scritto di sua mano. (C. S. N. 4 m. 1820).

— È valido un testamento olografo fatto dal nazionale in paese straniero con le forme indicate dalla legislazione ivi imperante e che si

trovi aver vigore fra noi al tempo della morte del testetore. (C. S. N. 15 g. 1820).

— La mancanza dells menzione espressa della esibizione di un testamento mistico del 1795 fstta dal testatore al notaio, presenti i testimoni, uon produce nullità dell'atto, quando, desumendosi ls formalità da equipollenti, dipenda siffatta mancanza più da inesattezza di dicitura che da reale omissione; specislmente se si serbi l'uso del luogo, ove si sia formato il testamento. (C. S. N. 28 ag. 1821).

— La inosservanza delle forme prescritte per l'apertura de'testamenti nou ne rende nulla la disposizione. La sola omissione delle ritualità legali ne'testamenti mistici può indurre sospetto di frode; ma l'esame di ciò è del criterio indipendeute del giudice. (C. S. N. 16 m. 1822).

— Il fratello consanguineo nonà dritto d'impugnare con la querela d'inofficiosità il testsmento in cui è istituito erede il figlio naturale del testatore; molto meno quando sia decorso gran tempo dall'adizione dells eredità e quando egli stesso ne abbis ricouosciuta la validità riscotendo i legsti fattigli cou lo stesso atto. (C. S. N. 28 m. 1822).

— La donazione della falcidia non può estendersi a pro di eredi sb intestato nelle donazioni a causa di morte, massime quando si sia omessa la formazione dello inventario legale. (C. C. N. 29 ag. 1811).

—La detrazione della falcidia non può estendersi a pro di eredi intestati nelle donazioni fatte a causa di morte, specialmente quando siasi omessa la formazione dell' inveutario legsle. (C. C. N. 29 ag. 1811).

— Si ànno come uon scritte le condizioni apposte nel legato per causa di legittima o paraggio. La semplice accettazione del legato senza rinuncis alla legittima non toglie il dritto ad sverla, ossia ad svere il paraggio che ne fa le veci libero da ogni condizione o gravame. (C. C. N. 27 f. 1813).

— L'erede della dotata à dritto a ripetere le doti costituite e pagate a suo marito, anche su' beni fedecommessarl. (C. C. N. 5 agosto 1813).

— Spetta all'attore provar che il figlio siasi immischiato nell' eredità psterna, non al figlio dimostrare che se ne sia astenuto. (C. C. N. 15 s. 1813).

— Le espressioni in un testamento in forma di esortazione o preghiera diretta dal padre ai figli a riguardo della dote di paraggio da darsi ad una figlia, equivalgono ad un legsto (C. C. N. 6 gg. 1814).

— I legati di somma determinata o di quantità fatti dai padre al figlio, luugi di costituire un'azione di condominio, non si posson domandare che con azione personale ipotecaria; sicchè debbono iscriversi nella conservazione delle ipoteche. (C. C. N. 1° feb. 1815).

— Non può cresrsi per vis di congetture una sostituzione d'erede; essendo interdetto al magistrato il congetturare ove la legge non ammette prova testimoniale, e non ne ammette contro il contenuto negli atti. (C. C. N. 5 l. 1815).

— Non è condizionsle, ms puro il legato con cui ne'monti di famiglis chiamansi al godimento de' maritaggi le figlie, finita che abbiano l'età di anni 14, e i maschi, l'età di anni 7. (C. C. N. 8 g. 1816).

— L'szione pel supplemento di legittima non si prescrive che col lasso di 30 snni, ad onta dell'accettazione della eredità paterna, (C. C. N. 15 m. 1815).

— Se un testatore avesse chiamato nell' usufrutto del terzo della sua eredità la moglie vita durante e nell'intera proprietà i figli, coll' obbligo di restituirla a'propri figli e con doverne restare l'amministrazione appo la madre usufruttuaria, senza esiger da lei rendimento di conto, divenuti liberi i beni nelle mani de' figli, la proprietà è divisibile tra loro, salva la quota dell' usufrutto legato alla vedova, la quale deve render conto dell' amministrazione tenuta. (C. C. N. 22 n. 1817).

— Il domandare la legittima sul mancante patrimonio non manifestato equivsle al domandarne il supplemento. In questo caso si dà luogo alla domanda del supplemento anche qusndo si trovi accettato il testamento paterno, purchè nou vi si sia espressamente rinunziato. (C. S. N. 10 f. 1818).

— L'erede fedecommessario, anche in mancanza d'inventario, o in caso d'inventario irregolare, non perde il dritto al suo credito con ipoteca. La confusione che nasce quando il creditore è erede grsvato del suo debitore estingue solo le szioni personali, non le ipotecarie. (C. S. N. 14 ap. 1818).

— Il legatario non può, per esser soddisfatto del legato, addentare un credito ereditario che si trovi dallo erede in buona fede ceduto ad altri. (C. S. N. 7 s. 1819).

— Gl' interessi d'un legato non son dovuti che dal dì della domanda. (C. S. N. 15 gennaio 1820).

— Ancorchè l'erede usufruttuario accordi allo erede proprietario il dritto di poter affrancare i capitali ereditari, costui è sempre tenuto a farne il reimpiego, quando non gli si permetta poterne versare il prezzo in sua utilità. Quindi resta sempre tenuto il debitore del capitale, che ne paghi libero il prezzo verso l'erede proprietario. (C. S. N. 5 ap. 1821).

—L'erede beneficiato è tenuto *in bonis propriis* pe' debiti del defunto, quando o per occultar le forze dell'eredità o per vantaggi otte-

nuti da un creditore abbia fatto suo il debito; costituendo ciò una transazione ed una tacita rinuncia al detto benefizio. (C. S. N. 5 febbraio 1821).

Dal 1823 al 1826.

— Un fedecommesso istituito sotto le leggi romane da due fratelli a pro del figlio maschio di quello fra loro che prima si fosse ammogliato, con progressione e qualità di primogenitura, veste il carattere di un patto di famiglia da considerarsi come donazione, e non esser sottomesso all' abolizione de' fedecommessi. (C. S. N. 6 n. 1823).

— Il donante non è responsabile delle esazioni da farsi, ma non può ritenere ciò che abbia esatto sulle quantità donate. (C. S. N. 16 a. 1823).

— Il tribunale, ad onta che non si trovi nè pronunziata nè provocata l' interdizione del donante, può, dietro fatti creduti gravi e concludenti, ammettere la pruova della demenza di lui al tempo dell' atto della donazione, e dichiarar questo nullo, ove quella rimanga provata. (C. S. N. 27 m. 1824).

— Non può impugnarsi per manco di accettazione una donazione per causa di matrimonio, se sia seguita dal matrimonio di cui fa parte. (C. S. N. 20 n. 1824).

—La trascrizione di una donazione non supplisce alla mancanza dell'accettazione, che deve eseguirsi esclusivamente nel modo prescritto dalla legge. (C. S. N. 17 s. 1824).

—Non può esentarsi da collazione quella donazione che dal donante non sia esentata con espressioni equivalenti all'*expressim*. (C. S. N., 16 ap. 1825).

— La dispensa dalla collazione si ammette a pro di colui che à dritto a succedere, anche quando risulti dalla donazione, in termini equipollenti, (C. S. N. 3 m. 1825).

— Non è vietata quella sostituzione, in cui all' obbligo di sostituire non si congiunga il divieto di alienare. (C. S. N. 16 ap. 1825).

— Benchè un semplice atto di rivocazione valga a rivocare una donazione per inadempimento di condizione, o per ingratitudine, essendovi bisogno d' un giudicato, pure, se vi sieno fatti tali del donatario da far presumere vera e valida la rivocazione, ciò basta a far supplire al difetto della dichiarazione del magistrato. (C. S. N. 16 gg. 1825).

— Non può considerarsi come donazione tra vivi epperò rivocabile quella fatta con atto tra vivi, ma nella quale il donante vuole che la proprietà de' beni donati sia trasferita al donatario dopo la sua morte, e ciò non ostante il patto di ritorno de' beni donati nel caso di premorienza del donatario. (C. S. N. 1° dicembre 1825).

— Le parole *presente e accettante* poste nell' atto di donazione e riferite al donatario non equivalgono all' accettazione del dono che il donante à prescritto doversi fare in termini espressi. (C. S. N. 1.° d. 1825).

— Le donazioni a causa di matrimonio non soffrono cambiamento in pregiudizio de'figli in esse contemplati. Da questo sol principio dipende la inviolabilità di tali donazioni e non dalla qualità d' erede beneficiato. (C. S. N. 11 f. 1826).

— Posta una donazione a causa di matrimonio ed a titolo di maggiorato fatta dal padre al figlio primogenito e di primogenito in primogenito, se al tempo dell' eversione delle sostituzioni fedecommessarie lo sposo donatario sia vivente, presso di lui, e non presso il suo primogenito (benchè nato in quel tempo) rendonsi liberi i beni componenti il maggiorato, ad onta che esso figlio si trovi investito della proprietà de'detti beni chiamatovi dal fondatore del maggiorato. (C. S. N. 4 ap. 1826).

— Nelle donazioni a contemplazione di matrimonio i figli vengono considerati quali eredi de' genitori, purchè dall' atto di donazione non risulti la diversa volontà del donante, non bastando l' esservi eglino stati semplicemente nominati. (C. S. N. 4 ap. 1826).

— Una donazione che contenga sostituzione è nulla riguardo alla sola sostituzione. (C. S. N. 4. m. 1826).

— Una donazione a contemplazione di matrimonio fatta allo sposo ed a'figli nascituri nella sola proprietà da consolidarsi coll'usofrutto dopo la morte del donante, non contiene sostituzione vietata. (C.S.N. 4. m. 1826).

— Una donazione non contraddetta mai dal donante in tutto il corso di sua vita dee rispettarsi dagli eredi di lui, ancorchè vi fosse motivo d' impugnarla. (C. S. N. 4 m. 1826).

— La legittima promessa dal padre alla figlia va liquidata giusta le leggi del tempo del matrimonio, non già della morte. (C. S. N. 13 ap. 1826).

— Una donazione del 1809 di cui si esibisca copia, mentre manca l' originale in protocollo non riportato nell' elenco depositato nella camera notariale, e non sottoscritto dalle parti, è nulla e non può servire di base alla prescrizione di 10 e di 20 anni.(C. S.N. 21 n. 1826).

— L' invalidità di un testamento mistico non trae quella dell' istituzione dell' erede fatta in un secondo testamento per atto pubblico, benchè in questo non si trovi espressamente nominato, ma solo confermato per erede quello istituito nel primo. (C. S. N. 16. ag. 1823).

— Un primo testamento non resta rivocato per effetto di clausola rivocatoria compresa in un testamento posteriore dichiarato nullo. (C. S. N. 18 gg. 1823).

— Sotto nome di figli son compresi in un testamento sì i maschi e sì le femmine. (C. S. N. 4. d. 1824).

— Il divieto del testatore di potersi impugnar la sua disposizione sotto una penale non risguarda gli eredi preteriti. (C. S. N. 31 gennaio 1824).

— Non è nullo un testamento nella cui lettura non si faccia menzione di una giunta dettata dal testatore. (C. S. N. 20 giu. 1824).

— Il giudice nulla può supplire alle solennità de'testamenti: dee limitarsi a vedere se le formalità volute dalla legge sieno state scrupolosamente osservate. Per contrario, nell'ambiguità di una disposizione è suo debito indagare dall' intero contesto dell' atto qual mai sia stata l'idea del disponente. (C. S. N. 26 g. 1824).

— Un testamento olografo, in cui concorrano gli estremi dalla legge prescritti per la sua validità, cioè che sia scritto intersmente , datato e sottoscritto di propria mano dal testatore, non cessa di esser tale, qualora la disposizione trovisi scritta in carta semplice e con cancellature. (C. S. N. 27 l. 1824.)

— Non son motivi di nullità del testamento che il notaio dica *d'averne data lettura, alla presenza del testatore e de'testimoni, d'avere il testatore dettato il testamento ch' esso à fatto* e che faccia la menzione delle formalità in fine del testamento (C. S. N. 17 ag. 1824).

— Le formole volute dalla legge ne' testamenti per atto pubblico non è necessario che si adempiano *verbis conceptis*, ma si può dar luogo ad equipollenti. Quindi non può impugnarsi un testamento, in cui si dica essersene *fatta la lettura in presenza dei testimoni*, senza soggiungere *al testatore* (C. S. N. 14. settembre 1824).

— Nella interpretazione delle parole equivoche adoperate in un testamento vuolsi investigare la mente del testatore, facendo prevalere le espressioni chiare scritte prima alle dubbie che seguono. (C. S. N. 15 g. 1825).

— La mancanza di dichiarazione espressa del notaio di conoscere il testatore può venir supplita dall' indicazione di contratti stipulati per lui. (C. S. N. 12 ap. 1825).

— La sola parola *erede* adoperata in un testamento basta ad esprimere il successore universale, ove non sia dal testatore il significato di quella limitato chiaramente alla idea di *legatario universale* o di *legatario particolare*. (C. S. N. 13 d. 1825).

— È nullo il testamento per atto pubblico, quando il notaio faccia in fin dell'atto espressa menzione che il testatore à dichiarato di non potere scrivere ed à giurato, senza allegarne il motivo. (C. S. N. 30 gg. 1825).

— La semplice accettazione del testamento paterno inducente gravami o pesi sulla legittima non è valida ad estinguere l' azione per ripetere il supplemento della legittima, ma cessa questo beneficio di legge, se con atto posteriore fatto sotto il codice civile si preferisca l' esecuzione della disposizione paterna allo esperimento dell' azione per la legittima, ricevendosi dallo erede un compenso in via di transazione. Quest' atto non può quindi qualificarsi semplice divisione ed è soggetto ad essere impugnato per solo dolo, non per lesione. (C. S. N. 14 m. 1826).

— Il notaio che faccia menzione della dichiarazione del testatore di non poter sottoscrivere *per la gravezza del male* à adempito al precetto della legge; non occorre specifichi il male che gl' impedisca di firmare. (C. S. N. 16 s. 1826).

— Le formalità prescritte dall' articolo 899 non possono supplirsi con equipollenti. (C. S. N. 12 d. 1826).

— Un rigo più stretto scritto nel testamento con carattere più minuto non lo pregiudica se non influisca sul senso della disposizione. (C. S. N. 8 ap. 1828).

— Nel testamento per atto pubblico la dicitura in terza persona non racchiude violazione di legge. (C. S. N. 12 l. 1826).

— Una disposizione testamentaria non rimane annullata da un testamento posteriore nullo, benchè in questo espressamente si contenga la rivocazione del primo testamento (C. S. N. 10 ag. 1826).

— È incapace a ricevere per testamento il sacerdote che abbia assistito il testatore nel corso dell' ultima malattia, senza distinzione se fosse parroco, confessore o sacerdote qualunque. Nè può giovarsi della dichiarazione di debito fatta dal testatore a favor di lui nel testamento o in iscrittura privata anteriore non in doppio. (C. S. N. 14 s. 1826).

— Non è nullo un testamento mistico per omessa menzione nell' atto di soprascrizione della lettura e pubblicazione, e perchè presentato dalla testatrice al solo notaio , quando offra che il notaio , richiesto dalla testatrice a formarne l' atto del rogito e della presentazione, vi aveva adempito in presenza dei testimoni, ed in loro presenza aveva la testatrice firmato il testamento e l'atto del rogito. (C. S. N. 25 n. 1826).

— Un annuo legato con ordine progressivo a favore di più persone non individuate, costituisce un legato di proprietà e non un semplice vitalizio. (C. S. N. 20 ag. 1824).

— Un annuo legato ritenuto come legato di proprietà non si estingue con la morte di uno de' legatari; si dà luogo in tal caso al dritto di accrescere a pro degli altri legatari. (C. S. N. 26 ag. 1821).

— Non può impugnarsi una decisione, con cui, riducendosi al settimo della eredità un legato a pro del secondo marito di quello onde la moglie, lasciando sei figli del primo letto, possa disporre, si ordini che la parte rinunciata da uno di costoro, monaco, si discuta nel solo interesse degli altri, escluso il secondo marito. (C. S. N., 18 s. 1824).

— Per la soddisfazione del legato sono tenuti indistintamente l'erede proprietario e l' erede usufruttario verso il legatario. (C. S. N. 20 g. 1821).

— Il dritto dell'erede di pagare un legato in beni fondi a sua scelta non importa ch' egli possa cedere in pagamento fondi tali da menomare il legato. (C. S. N. 5 febbraio 1825)

— Il legato di una somma pagabile mensilmente durante la vita sì del marito e sì della moglie, mancato uno di essi, è dovuto intero al coniuge superstite ed è dovuto dal dì della morte del testatore, non della domanda. (C. S. N. 16 gg, 1825).

— Un annuo legato perpetuo a titolo di elemosina fatto a favore di monaci mendicanti è operativo senza bisogno d' autorizzazione sovrana. Questo legato non può dirsi in opposizione al voto di povertà assoluta da essi professato. (C. S. N. 29. n. 1825).

— L' erede beneficiato, benchè non sia tenuto *ultra vires haereditatis*, è però obbligato a render conto de' frutti de' fondi ereditari, al cui pagamento sono sottomessi i propri beni. (C. S. N. 2 f. 1826).

— L' obbligo imposto al legatario o erede particolare di non avere il possesso de' beni lasciatigli dal testatore, se non dopo aver pagata una somma all' erede universale, costituisce una condizione, in modo che, ove il legatario o lo erede particolare muoia innanzi di adempierla, non ne trasmette il dritto a' suoi eredi. (C. S. N. 28 f. 1826).

— I legati di somma determinata o di quantità fatti dal padre al figlio non costituiscono dritto di condominio. (C. S. N. 7 m. 1826).

— Il legato per dote di paraggio non à nè ipoteca nè privilegio indivisibile su' beni degli eredi, ma divisibile ed in proporzione dei rispettivi beni ad essi pervenuti : molto più quando ciò è avvalorato da patto. (C. S. N. 29 ap. 1826).

— L' obbligazione dell' erede di pagare in proprio nome, senza l' espressa rinuncia allo inventario già fatto, s' intende sempre contratta su' soli beni ereditari. Ed in tal caso non si può ritenere la qualità di erede beneficiato senza esame delle cose dedotte sull' invalidità dello inventario. (C. S. N. 5 t. 1826).

Dal 1827 al 1829

— Quando dal contesto di un atto si rilevi il trasferimento del dominio, ancorchè non adoperata la parola *donare*, si à sempre una donazione pura. (C. S. N. 14 l. 1827).

— In una donazione che lo sposo faccia alla sposa di beni presenti, la condizione della sopravvivenza non si presume, ma debb' essere stipulata. (C. S. N. 3 m. 1827 (.

— Il valore della donazione in usufrutto fatta al coninge del secondo letto dee misurarsi, non dal valore della disponibile del coniuge defunto, ma dal valore della quota spettante al figlio del primo letto che prenda il meno. (C. S. N. 12 g. 1827).

— Il prelegato fatto al figlio si dee prelevare dalla disponibile, non dalla massa. (C. S. N. 18 g. 1827).

— La donazione fatta allo sposo nel contratto di matrimonio, ancorchè questo ne fosse stato causa finale, non si rivoca se il matrimonio si sciolga per morte dell' altro sposo senza figli. E il patto riversivo pel caso che il donatario premorisse alla sposa non à effetto se premuoia la sposa allo sposo donatario, e questi con seconda moglie procrei de' figli. (C. S. N. 23 g. 1827).

— Un istrumento nullo per difetto di forma non vale come scrittura privata, se contenga donazione. (C. S. N. 1 m. 1828).

— Trattandosi della dispersione della minuta originale d' una donazione, o non già dell' effettuazione nuda e semplice della medesima, è ammessibile la prova senza violar questo articolo (C. S. N. 20 d. 1828).

— Per la validità della donazione di un credito non è richiesto lo stato estimativo, prescritto soltanto per le donazioni di cose mobili. (C. S. N. 21 gg. 1828).

— Un atto tra vivi di impartizione di dote *per quando si mariterà* è donazione *sub modo*, non *sub conditione*. (C. S. N. 31 m. 1829).

— L' obbligo imposto all' erede di far celebrare duc. 100 di messe da sacerdote designato non è legato, ma peso ereditario; e ciò malgrado che l' elemosina sia fissata ad una ragione maggiore della tassa diocesana. (C. S. N. 11 g. 1827).

— Il notaio che è di un comune e scrive il testamento in un altro comune non è responsabile per la qualità de' testimoni che gli si fan credere legali. (C. S. N. 11 g. 1827).

— Non si può accettare l' eredità che si è rinunciata, se altro erede l' abbia accettata. La rinuncia all' eredità salva le donazioni e i legati, ma non la legittima. (C. S. N. 15 m. 1827).

— L' erede per testamento olografo attac-

cato di falso civile non può utilmente domandare possesso di beni o amministratore giudiziario contro gli eredi legittimi. (C. S. N. 26 l. 1827).

— La penale imposta dal testatore per la perdita del legato al legatario che movesse qualunque lite a' suoi eredi non colpisce il legatario che agisca per un credito cui rappresenta contro l'eredità. (C. S. N. 30 ag. 1827).

— Per la validità del testamento pubblico fa mestieri che il testatore detti la sua volontà, anche prima ridotta in borro, al notaio, presenti i testimoni, e non basta la lettura al testatore, presenti i testimoni, e la dichiarazione del testatore di essersi scritta la sua volontà. (C. S. N. 29 ap. 1829).

— Per la validità del testamento basta una sola lettura, non già che ve ne abbisognino due, l'una come testamento e l'altra come atto autentico. (C. S. N. 17 gg. 1828).

— Si può disporre dell' usufrutto della eredità per legati universali. (C. S. N. 26 giugno 1 18).

— Fra l'usufruttuario ed il proprietario congiunti in un medesimo legato universale vi è dritto d' accrescere. (C. S. N. 20 gg. 1825).

— Un testamento pubblico, nullo come testamento, ma valido come atto autentico, non vale a rivocare un precedente testamento olografo. Lo rivocherebbe, se contenesse la spiegazione che, non valendo come testamento, valesse come dichiarazione rivocatoria del precedente. (C. S. N. 16 ag. 1828).

— L' erede incaricato di pagare un legato di messe non può ottenere dilazione al pagamento pel motivo che voglia sperimentare d' ottenerne l' assoluzione dal Pontefice. (C. S. N. 26 ap. 1827).

— L' espressione in un legato che sarà pagato nell' epoca della celebrazione del matrimonio della legataria da contrarsi col consenso di uno degli eredi contiene consiglio e non condizione (C. S. N. 17 f. 1827).

— Quando s' istituisce erede taluno e i suoi figli, e questi non sieno ancor nati, s' intendono chiamati con ordine successivo e per fedecommesso. È diverso se l' avo istituisca eredi il figlio e i nipoti. (C. S. N. 12 giugno 1823).

— Il legato espressamente rivocato non si può intendere tacitamente ripristinato. (C. S. N. 7 ag. 1827).

— Il magistrato non può facoltare lo erede di pagare un legato in capitali, quando fu disposto doversi pagare in contanti o in beni fondi. (C. S. N. 17 f. 1827).

— Un legato di somma per invertirsene le rendite in maritaggi di donzelle povere e per celebrazione di messe non contiene sostituzio- vietata. (C. S. N. 29 g. 1828).

— I frutti del legato son dovuti dall' epoca della morte del testatore, quando ciò può rilevarsi dalla disposizione (C. S. N. 9 f. 1828).

— Quando il padre lascia al figlio secondogenito un legato vitalizio, o se non fosse contento, la sola legittima, non si può negargli il dritto a chieder questa, dacchè abbia ricevuto il legato, quando manchi l' espressa rinuncia. (C. S. N. 22 m. 1828).

— Quando il testatore lascia alla moglie l' uso della casa dall'erede costruita sul suo fondo non è legato di cosa altrui, ma peso imposto all' erede. (C. S. N. 26 ag. 1828).

Dal 1830 al 1831.

— La moglie può rivocare la donazione fatta al marito senz' avere d' uopo d'autorizzazione. (C. S. N. 28 ag. 1836).

— Il valore che si dà a' mobili nell' atto di donazione supplisce allo stato estimativo richiesto dalla legge. (C. S. N. 27 ag 1831).

— Non è valida la donazione fatta dal cliente al suo difensore, di dritti ed azioni litigiosi, nel tempo della difesa. (C. S. N. 6 ag. 1831).

—La qualità di donazione rimuneratoria dee porsi a calcolo in un giudizio di nullità poggiato sul dolo e sulla falsa causa, e si rivoca per la sopravvenienza de' figli. (C. S. N. 9 l. 1831).

— Le femmine non àn dritto alla collazione o riduzione delle donazioni fatte dal padre ai figli maschi sotto l' impero dell' antico dritto patrio, e ciò ancorchè la successione paterna si sia aperta sotto le nuove leggi. (C. S. N. 19 f. 1831).

— Di due donazioni irrevocabili successivamente fatte è valida la prima, sebben la seconda sia stata anteriormente trascritta. Gli effetti della trascrizione delle donazioni irrevocabili nonsi possono equiparare perfettamente a quelli della trascrizione di una compravendita. (C. S. N. 5 d. 1831).

— Il testamento pubblico o mistico fa piena fede tra gli eredi, i quali non posson reputarsi terzi. (C. S. N. 18 l. 1829).

— Il testamento mistico può essere scritto di più caratteri: basta sia firmato dal testatore. (C. S. N. 18 l. 1829).

— Non è nullo il testamento, so il notaio non esprima che conosce il testatore, quando si è detto che lo conoscono i testimoni. (C. S. N. 5 n. 1829).

— I legati fatti al fratello del testatore ed a' figli de' fratelli premorti non soggiacciono a collazione. (C. S. N. 5 n. 1829).

— I fratelli e le sorelle non si reputano *de jure* persone interposte per le disposizioni a favor d' incapaci. (C. S. N. 15 n. 1829).

— Non mena a nullità che la dettatura d'un

testamento si sia fatta su una bozza precedentemente formata. (C. S. N. 24 n. 1829).

— La legge non esige che i testimoni firmino il testamento alla presenza del disponente. (C. S. N. 15 ag. 1830).

— Poichè il testamento olografo non è un atto autentico, il giudice di circondario non può in caso di contradizione accordare il possesso de' beni allo erede. (C. S. N. 15 1831).

— Un claustrale secolarizzato non è pel suo antico voto di povertà incapace di far testamento. (C. S. N. 121. 1831).

— Annullato un testamento, per esservisi adoperato un testimone straniero, non è il notaio obbligato alla rifazione de' danni e interessi verso l'erede scritto. (C. S. N. 8 n. 1831).

— Se nel testamento v' è una postilla importantissima non sottoscritta dal testatore e mancante della sua dichiarazione di non potere scrivere, è nulla, benchè firmata dal notaio e da' testimoni. (C. S. N. 16 n. 1831).

— L' aumento o la minorazione della somma legata cede a utile o danno del legatario. (C. S. N. 28 sp. 1829).

— Non può annullarsi il legato fatto alla figlia sotto pretesto di esser persona interposta della madre, quando la madre non è incapace a ricevere per testamento. (C. S. N 15 n. 1829).

— È valido il legato fatto a colei che era concubina al tempo del testamento, ed indi è divenuta moglie del testatore, il quale per lungo tempo dopo à perseverato nella volontà di beneficarla. (C. S. N. 14 s. 1830).

— Nel legato di mobilia con obbligo di disporne in morte come il testatore aveva incaricato a voce si à una sostituzione fedecommessaria che crolla per la sostituzione, fermo rimanendo il legato a pro della prima chiamata. (C. S. N. 14 s. 1830).

— Non essendovi ancora la persona legittima dello erede, non può ordinarsi il rilascio del legato contro l' amministratore dell' eredità. (C. S. N. 7 ap. 1831).

— L' azione del legatario d' una certa quantità è ipotecaria sugl' immobili ereditari e non è necessaria un' ipoteca speciale sullo immobile posseduto dal terzo possessore, per dirigersi contro di lui ond' esser pagato sul prezzo. (C. S. N. 20 ag. 1831).

(1845 E 1846).

— Un legato d' una somma da riscuotersi dopo la morte del testatore con facoltà al legatario, morendo senza figli, di disporre di una quota di quella e lasciare il resto a pro dello erede, non può noverarsi tra' fedecommessi. (C. S. N. 24 f. 1845).

— Non è obbligato il giudice, sulla domanda d' uno de' coeredi di nominare un amministratore, a nominarlo fra gli estranei. (C. S. N. 81. 1845).

— L' erede non à dritto a domandare nè la rivocazione nè la rescissione d' una donazione, quando, in caso d' insdempimento di patti in essa apposti, la rivocazione si trovi dal donante stabilita a favor di un terzo, e la rescissione si trovi limitata al solo caso, non verificatosi, in cui venisse a mancar l' oggetto della donazione (C. S. N. 22 febbr. 1845).

— Dopo la morte del padre non può il figlio impugnare gli atti fatti da quello a titolo gratuito sul pretesto d' imbecillità permanente più anni prima degli atti gratuiti, quando consti che dopo di questi si trovi aver fatto vari atti onerosi contro i quali niuna procedura di interdizione siasi da alcuno iniziata. (C. S. N. 8 l. 1845).

— Non può dichiararsi caducato un testamento per inesistenza dello erede istituito, sol perchè, nominato erede un proietto, erroneamente s' indichi nato in un anno, mentre il sia in un altro anno, purchè però il testatore lo abbia designato con indicazioni tali da renderlo certo. (C. S. N. 9 g. 1845).

— Una donazione di una parte di doti dovuta dal marito alla moglie non è sottomessa alla formalità della trascrizione (C. S. N. 4 s. 1845).

— Il curatore dato per amministrare un' eredità in luogo degli eredi chiamati non può venir escluso dallo erede legittimo che, per espressa volontà del testatore, non à alcun dritto alla eredità medesima. (C. S. N. 27 marzo 1845).

— Nell' aprirsi un testamento mistico non è necessario che il giudice il quale procede all' apertura firmi il testamento o l' atto di soprascrizione. (C. S. N. 10 n. 1846).

— Il testamento mistico debbe esser chiuso e suggellato con suggello qualunque, non che il suggello debba, a pena di nullità, presentare un' impronta (C. S. N. 10 n. 1846).

— Non è vietata la donazione di parte della dote mobiliare, che la madre col consenso del marito fa ad uno de' figli, riserbando l'usufrutto durante la vita de' genitori di lui, senza ledere la riserva nè rivocare prima di morire la fatta donazione (C. S. N. 19 d. 1846).

— Quando nella donazione fatta dallo zio ai nipoti àvvi donazione d' una somma al domestico del donante, seguita la costui morte, indi rivocata la donazione prima dell' accettazione del domestico, questi non à azione contro i donatari suddetti per ripeter la somma. (C. S. N. 18 ag. 1846).

— Nel caso che il donatario sia dispensato

dalla collazione, ma con testamento posteriore, e nel tempo intermedio il padre costituisca la dote alla figlia che rinnucia all' eredità, è a carico della disponibile il dippiù promesso in dote oltre la legittima. (C. S. N. 18 s. 1847).

— Il testamento olografo può farsi con lettera missiva; la data può apporsi e in principio e in fine. (C. S. N. 26 gg. 1847).

— Quando il fedecommittente ordina che i beni gravanti il fedecommesso sieno pagati dall'amministratore de' beni fedecommessati, cui destina per un dato tempo onde amministri in luogo del primo chiamato al fedecomesso, son obbligati gli aventi causa del primo e non gli eredi del secondo alla soddisfazione de' debiti suddetti (C. S. N. 8 l. 1847).

— È nulla la donazione tra vivi, la cui minuta si presenti dal donatario alla camera notariale dopo 5 anni dalla sua data, non registrata, non segnata in repertorio dal notaio stipulatore e non messa in protocollo. (C. S. N. 26 g. 1847).

— In una donazione fatta sotto le antiche leggi a contemplazione di matrimonio dall'avo al nipote e figli nascituri, stando per questi l' accettazione del notaio, questi s' intendono chiamati per fedecommesso non riconosciuto sotto le nuove leggi. (C. S. N. 27 f. 1847).

— La donazione d' una somma afficiente i beni di un maggiorato deve eseguirsi, ancorchè il gravato non possegga i beni in natura, ma il loro valore, per la regola che il prezzo della cosa *stat loco rei*. (C. S. N. 27 m. 1847).

— È nulla la divisione fatta dal padre trai suoi figli su erronea base. (C. S. N. 21 s. 1847).

— Quando la donazione è fatta al padre ed ai figli nascituri, questi non son chiamati congiuntamente a quello, ma con ordine successivo, e quindi come eredi del padre o per fedecommesso. (C. S. N. 21 s. 1847).

— Il danaro contante donato prima non può comprendersi nella donazione fatta posteriormente (C. S. N. 30 s. 1847).

— È donazione rimuneratoria compensativa e non semplice, quando il donante dichiara aver ricevuto dal donatario diverse somme ed altre pagate di suo conto; che il donatario gli aveva resi rilevanti servigi e che per estinguere tali obblighi facea la donazione, (C. S. N. 23 d. 1847).

— La donazione rimuneratoria non è soggetta a rivocazione per ingratitudine: però dee conoscere il magistrato di quanto la donazione è compensativa e di quanto non lo è; chè per questa seconda parte la donazione è semplice e quindi rivocabile (C. S. N. 23 d. 1847).

— La donazione fatta dal minore per causa di matrimonio alla futura sposa non nel contratto di nozze, ma con atto separato, in cui non è intervenuta la donataria per accettarla, non può, seguito il matrimonio, impugnarsi come nulla perchè non racchiusa nel contratto nuziale e non accettata espressamente. (C. S. N. 27 l. 1847).

— La premorienza dell' istituito non dà luogo a caducità del testamento olografo, quando il testatore abbia poscia surrogata altra persona con postilla marginale da lui scritta, datata e sottoscritta. (C. S. N. 7 d. 1847).

1848 e 1849

— È nulla la donazione della donzella che non abbia compiti gli anni 25 al futuro sposo, fatta ne'capitoli matrimoniali senza lo intervento del padre (C. S. N. 15 f. 1848).

— La dote costituita in soddisfazione di dritti successori già verificati non si equipara alla donazione. (C. S. N. 16 m. 1848).

— È invalida la donazione ad una corporazione chiesastica fatta con iscrittura privata (C. S. N. 4 apr. 1848).

— La mancanza della trascrizione di una donazione può opporsi da' creditori del donante ad essa posteriori : nè nuoce loro la contezza della donazione che non derivi dalla trascrizione (C. S. N, 15 ap. 1848).

— Una donazione tra vivi di beni presenti e futuri fatta ne' capitoli nuziali agli sposi con trasferimento della proprietà non si può confondere con la disposizione contemplata nello art. 1040, sol perchè nell' atto stesso si trovi unita la donazione de' beni futuri. (C. S. N. 20 d. 1849).

— La donazione contemplata, nell'articolo 1040 è *sui generis* ed à regole proprie: la premorienza del donatario la rende caduca. Non così la donazione fra vivi con trasmissione della proprietà: e pe' beni futuri rientra nella disposizione dello art. 1038. (C. S. N. 20 dicembre 1849).

— Fatta una donazione tra vivi sotto l'espressa condizione che debba il donatario pagare determinati debiti, ed aperto giudizio di purga sul prezzo de' fondi donati volontariamente venduti, i creditori del donante àn dritto a prelevare da tal prezzo, in preferenza dei creditori del donatario, l' ammontare de' rispettivi crediti. (C. S. N. 20 gennaio 1840).

— La donazione col divieto di alienare si risolve alienandosi i fondi donati. (C. S. N. 8 f. 1849).

— La disposizione coll' obbligo di restituire debb' esser trascritta, nè si ammette equipollente della trascrizione. La mancanza della trascrizione può essere opposta dai creditori del disponente o da'terzi possessori, anche contra i minori e gl' interdetti; e si può oppor-

re ancora da' creditori del gravato. (C. S. N. 16 n. 1848).

— Appartiene a' giudici del merito definiro se una disposizione testamentaria contenga o no una sostituzione nè il testamento può mutar natura per effetto d'atti posteriori. (C. S. N. 12 d. 1848).

— L' incapacità degli ecclesiastici assistenti nell'ultima malattia non si estende al corpo morale cui appartengono. (C. S. N. 1. ag. 1848).

— La disposizione dell'art. 9 della legge sul notariato che vuole sieno i testimoni dell' atto domiciliati nel distretto in cui si roga non è applicabile a' testamenti. (C. S. N. 1 ag. 1848).

— Il testamento pubblico dev' essere, se non dettato a parola dal testatore, almeno manifestato da esso direttamente, e non con la bozza per via di annuenze e cenni a disposizioni che altri gli proponga (C. S. N. 13 settembre 1849).

— Non è nullo il testamento mistico scritto da un alunno dello studio notarile dell'erede, e fattovi l' atto di soprascrizione da un notaio collega dell' erede nell' uffizio di pandettario del Banco. (C. S. N. 24 n. 1849).

1850 E 1951

— Le donazioni manuali di oggetti puramente mobili, come quelle che si compiono si perfezionano e si cousumano mercè la tradizione reale *brevi manu*, sono dispensate da ogni formalità di scrittura (C. S. N. 20 giugno 1850).

— Le donazioni indirette son valide, ancorchè non abbiano le formalità prescritte per le donazioni dirette, e son riconosciute dalle nostre leggi. (C. S. N. 20 gg. 1850).

— La sola mancanza della prestazione degli alimenti, anche non perdurata al dilà del mosso giudizio, è motivo grave alla rivocazione (C. S. N. 13 ag. 1850).

— Non merita censura la decisione che ritiene dovuta per la sostituzione, autorizzata dall'art. 1000, una somma donata in occasione di matrimonio al figlio sposo e figli nascituri; nè per ciò era necessaria l'accettazione per parte del sostituito. (C. S. N. 1° ott. 1850).

— Il donatario di somma in beni immobili col dritto di scelta sul patrimonio del donante non può rivendicare dal terzo possessore un fondo alienato dallo erede del donante prima della scelta. (C. S. N. 25 g. 1851).

— Non può definirsi istituzione contrattuale la donazione di somma certa sopra beni prescritti fatta allo sposo nel contratto di matrimonio con riserva di usufrutto a favor del donante e col divieto al donatario di alienare la proprietà durante la vita del donante (C. S. N. 4 m. 1851).

— Per la validità della donazione di determinati crediti non è necessario lo stato estimativo, che si richiede solo per le donazioni di mobili (C. S. N. 1° m. 1851).

— La denunzia dell' accettazione d'una donazione tra vivi può risultare da qualunque fatto che attesti la conoscenza che ebbe il donante della seguita accettazione e da qualunque prova atta a dimostrare che il donante abbia avuto scienza che la sua liberalità sia stata accettata dal donatario. (C. S. N. 8 l. 1851).

— La donazione per causa di matrimonio fatta da un minore legalmente assistito, contenuta in un atto nel quale il donatario non è intervenuto, non può, seguito il matrimonio, essere impugnata dagli eredi del donante per mancanza di accettazione. (C. S. N. 12 agosto 1851).

— La donazione è perfetta, nello interesse de'terzi, mediante la trascrizione dell'atto nello ufizio delle ipoteche. I creditori iscritti sul fondo donato pria che sia seguita la trascrizione della donazione non debbono agire con l'azione ipotecaria contro il donatario, ma possono procederne all' espropriazione. (C. S. N. 12 ag. 1851).

— Il monaco secolarizzato è capace di disporre per testamento o per atto tra vivi dei beni acquistati dopo la secolarizzazione. (C. S. N. 8 gg. 1850).

— Una lettera scritta ad un amministratore, ma non speditagli, in cui si dica di voler largire una parte delle proprie rendite per istituir due ospedali, non vale come donazione e neppur come testamento olografo, quando, oltre i requisiti voluti dalla legge, non risulti la disposizione a causa di morte. (C. S. N 13 febbraio 1851).

— Nel caso d' un' istituzione contrattuale, se con testamento si è disposto di quello che si era riservato, avvi legato particolare di cui son dovuti i frutti dal dì della domanda. (C. S. N. 5 ap. 1851).

— L' eredità devoluta per testamento a un terzo, che non l'abbia ripudiata durante la sua vita, può accettarsi da' suoi eredi per proprio dritto, e quindi non è applicabile la massima *haereditas non adita non transmittitur* (C.S. N. 30 ag. 1851).

— La dispensa della collazione non dee di necessità esser letterale, può risultare da equipollenti: però gli equipollenti debbono offrire la stessa certezza della dichiarazione espressa co' termini adoperati dalle leggi; non posson desumersi da congetture ed elementi equivoci. (C. S. N. 28 f. 1852).

— Non può aversi per non iscritta la con-

dizione del celibato apposta in un atto di donazione tra vivi. Però, donato in usufrutto un fondo sotto tale condizione, il donatario che contragga matrimonio conserva il godimento de' frutti per l'epoca anteriore alla celebrazione delle nozze, anzichè reputarsi caducato il dono sin dal suo principio. (C. S. N. 28 febbraio 1852).

— Nell'esistenza di due donazioni successive della medesima cosa dee preferirsi quella che prima si è trascritta, benchè di data posteriore. (C. S. N. 29 m. 1852).

— Le donazioni del disponibile non si presumono, ma debbono esser fatte espressamente a titolo di anteparte. (C. S. N. 8 l. 1852).

— Riservato al donatario nell' usufrutto il dritto di disporre della proprietà per un dato valore, ove non ne abbia disposto, rimane nel suo asse ereditario il dritto anzidetto, anzichè rimanere intatta la proprietà nelle mani della donataria proprietaria. (C. S. N. 4 m. 1852).

— L' accettazione di fatto per la validità d'una donazione non equivale all' accettazione espressa voluta dalla legge. (C. S. N. 9 dicembre 1852).

— Un testamento pubblico nullo per difetto di forma come testamento non ne rivoca uno antecedente, benchè sia valido come atto notarile e contenga la clausola rivocatoria. (C. S. N. 17. ap. 1852).

— La mancanza della menzione dell'ora nell' atto di soprascrizione del testamento mistico produce nullità. (C. S. N. 5 ag. 1852).

RIASSUNTO DEL TITOLO II.

DELLE DONAZIONI

I. — La Donazione, come indica l' etimologia stessa del vocabolo, *dono-datio*, è un' alienazione fatta a titolo gratuito.

Si distinguono due grandi classi di donazioni: le donazioni tra vivi o *Donazioni* specialmente dette; e le donazioni testamentarie o *Testamenti*.

Dopo aver indicato in un primo capitolo le regole generali e preliminari che s' applicano a' due modi di disposizione, parleremo specialmente delle donazioni nel cap. II e de' testamenti nel cap. III, per esporre in un IV ed ultimo capitolo i principî di certe liberalità che presentano un carattere peculiare e che fannosi indifferentemente coll' uno o coll' altro modo di disposizione: intendiamo delle sostituzioni fedecommessarie e delle divisioni fatte da ascendenti fra' loro discendenti.

CAPITOLO I.

REGOLE PRELIMINARI COMUNI ALLE DONAZIONI ED A' TESTAMENTI.

II. — I principî che qui abbiamo da studiare sono massimamente relativi 1° alla capacità di disporre o di ricevere gratuitamente; 2° alla quota de' beni che può far l' obbietto delle disposizioni gratuite.

SEZIONE I.

Della capacità di disporre o di ricevere a titolo gratuito.

III. — Per principio, qualunque persona è capace di disporre e di ricevere, sia per donazione tra vivi, sia per testamento; e ne sono incapaci soltanto quelle dichiarate tali dalla legge (artic. 902).

La capacità e l'incapacità di donare chiamansi talvolta *attive* per opposizione a quelle di ricevere, che s' appellano capacità e incapacità *passive*.

L' incapacità, sia attiva, sia passiva, non à sempre la stessa natura; ora costituisce una compiuta mancanza della capacità e quindi produce la nullità assoluta dell' alienazione o dell'acquisto, chè così trovasi senz' alcuna esistenza legale; ora al contrario è soltanto l'imperfezione di questa capacità che produce semplicemente l' annullabilità dell' atto, il quale esiste allora, comechè viziato, anzi finisce col divenir affatto valido, se non se ne provochi l' annullamento fra' termini voluti.

Esaminiamo separatamente 1° le incapacità di donare, 2° le incapacità di ricevere, avendo cura di non perder di vista in ciascuna di queste due classi la distinzione importante che abbiamo indicata.

§ 1.

Delle incapacità di disporre.

IV. — Sono dapprima incapaci e onninamente incapaci di disporre le persone attualmente private dell' uso della loro ragione; e questa regola s' applica qui in tutta la sua estensione e senza che vi si possa arrecare il temperamento che riceve negli atti a titolo oneroso. Si è veduto nel riassunto del titolo della *Maggiore*età (n. VI, comma 4) che l' annullamento d' un atto a titolo oneroso non può più domandarsi per mancanza di ragione nel suo autore, quando questo autore è morto senza che si sia provocata, lui vivente, la sua interdizione. Or questa regola non s' applica agli atti gratuiti; e tosto ch' è riconosciuto che la disposizione è stata fatta da un uomo che non aveva il senno nel momento, che fosse interdetto o no, che la sua alienazione fosse abituale o momentanea, che provenisse dalla tale o tal altra causa, non monta, questa disposizione sarà nulla di nullità assoluta, sarà il niente (artic. 901).

Il parossismo dell' ira può talvolta far perdere la ragione per alquanti istanti, e la donazione che allora si facesse sarebbe nulla giusta quanto abbiam detto. Ma ciò è ben diverso dal proclamare, come un tempo facevasi, la nullità d'ogni donazione fatta per ispirito d'ira, d' odio o di vendetta: il nostro Codice non ammette l'azione *ab irato*. Non ammette tampocò come principio d'incapacità del disponente e di nullità dell'atto la suggestione o la captazione; ma, se per suggerire al disponente le sue idee o carpir la sua benevolenza, i beneficiari avessero usato mezzi fraudolenti, si potrebbe giunger talvolta, secondo la gravità delle circostanze, a far annullar l' atto per errore o dolo a tenore de' principî generali che saranno esposti nel titolo seguente. Ma la non sarebbe, giusta i medesimi principî, che una causa d' annullabilità, e non un caso di nullità radicale, come il manco di ragione (*ivi*).

Abbiam detto che questo manco di ragione costituisce sempre e necessariamente l' incapacità completa del disponente, senza che sia da considerare se v'abbia o no interdizione. Ma l' esistenza dell' interdizione è però lungi dall' essere indifferente, poichè produce per sè medesima l'incapacità di secondo ordine di cui sopra si è parlato. La disposizione fatta da un interdetto in un lucido intervallo sarebbe dunque annullabile per dieci anni dalla tolta interdizione (*ivi*).

V. — Una nuova causa d'incapacità e d'incapacità assoluta trovasi nella minoretà del disponente. Al di sotto di 16 anni compiuti, il minore, emancipato o no, è incapace di fare verruna disposizione gratuita; al di sopra di 16 anni non può disporre che per testamento, e solo per la metà di ciò che potrebbe donare se fosse maggiore. Havvi peraltro eccezione a questa regola per la donazione tra vivi che il minore facesse al suo futuro coniuge per contratto di matrimonio; questa gli è permessa in ogni età (art. 903 e 904).

VI. — La donna maritata è incapace di donar tra vivi altrimenti che col consenso del marito, o con l'autorizzazione del magistrato: ancorchè fosse separata di beni e si trattasse de' suoi beni mobili, non avendo ella il dritto d'alienar questi mobili se non pe'bisogni della sua amministrazione: questa regola, del resto, essendo l' applicazione dell' incapacità generale d' alienare a cui è sottomessa la donna maritata, e quest'incapacità producendo, come si sa, una nullità solo relativa, la donazione così fatta senz' autorizzazione sarebbe semplicemente annullabile e soltanto per 10 anni dallo scioglimento del matrimonio. Per testare poi, la donna maritata non à uopo d' alcun' autorizzazione (art. 905).

VII. — Qui ci resta a parlare del sordo-muto, sulla capacità attiva del quale la legge si tace. In questo silenzio del Codice, non si può evidentemente dichiararlo incapace; ma siccome, beninteso, fa mestieri che il disponente possa adempiere alle forme che più tardi vedremo richiedersi, sia per la donazione sia pel testamento, e siccome l'atto, mancandovi queste forme, resterebbe nullo e non avvenuto, ne segue che il sordo-muto il quale non sapesse scrivere si troverebbe pressochè nel medesimo stato che se fosse personalmente ed assolutamente incapace.

VIII. — Sicchè, per riassumere questo paragrafo, son colpiti dall' incapacità completa: 1° ogni persona attualmente privata dell' uso della ragione, per ogni specie di disposizioni; 2° il minore di meno di 16 anni compiuti, eziandio per ogni disposizione; quello da 16 a 21 anno per la donazione, e, nel testamento, per ciò che eccedesse la metà de' beni disponibili; 3° il sordo-muto che non sappia scrivere, per qualsivoglia disposizione.

Sono colpiti dall'incapacità imperfetta: 1° lo interdetto che goda della ragione nel momento in cui dispone, per ogni disposizione; 2° la donna maritata non autorizzata dal marito o dal giudice, per la donazione soltanto.

§ 3.

Delle incapacità di ricevere.

IX. — Abbiam già detto che l' incapacità di ricevere è or completa ed ora imperfetta, come l' incapacità di disporre; il che significa,

come si sa, che talvolta l'acquisto non si avvera ed altre volte si compie e può soltanto venir annullato.

Nella prima categoria delle persone completamente incapaci di ricevere bisogna allogar quelle che non esistono ancora. Non è necessario però che il beneficiario sia nato per poter raccogliere la disposizione, basta che sia conceplto; benvero non raccoglie che sotto la condizione di nascer vitale. Il momento in cui è necessario il concepimento è, nel testamento, quello della morte del testatore; giacchè allora cessa il testamento d'essere un progetto e diviene atto di disposizione; nella donazione che fosse accettata con un atto posteriore bisogna esser concepito nel momento dell'accettazione, dacchè questa è, che, attuando il concorso delle volontà, forma il contratto (art. 906).

Vedremo del resto nel capitolo seguente che certe donazioni possono, per eccezione a questa regola, esser fatte a figli non ancor concepiti.

X — Temendo che un tutore abusasse della sua posizione per farsi fare delle liberalità dal suo pupillo e rendere illusoria la sua obbligazione di render conto, la legge dichiara che il tutore di un minore, qualunque sia la costui età e altresì l'ex-tutore del nuovo maggiore (o molto più di un minore), fintanto che non à reso e non è stato approvato il suo conto, non possano ricever nulla dal loro pupillo o ex — pupillo, nè per donazione nè per testamento. Notiamo che la prescrizione di dieci anni dalla maggioretà del pupillo, mettendo lo ex — tutore al coperto da ogni azione di reddizione di conto e nella stessa posizione che se il suo conto fosse reso, lo rileverebbe per conseguenza dall'incapacità di cui si tratta (art. 907).

La regola si applica a tutt' i tutori (o extutori) di minori; ma non si applica che ad essi. Sicchè il tutore officioso, il quale assume la carica per ispirito di beneficenza; il protutore che amministra nelle colonie i beni del pupillo che dimora in Francia, o reciprocamente; il contutore che risponde dell'amministrazione insieme alla moglie, sono tutti colpiti dall' incapacità. All' opposto non s' applicherà la regola al tutore *ad hoc*, il quale, malgrado il suo nome, non è mica un vero tutore e non amministra, nè al tutor surrogato, che è un sotto tutore e neppure amministra. La legge non s' applica tampoco all' ex — tutore di un interdetto; e con ragione, giacchè egli non avrà acquistato sull' animo d' uno sventurato privato della ragione l' influenza che è sì facile di prendere sull' animo di un fanciullo, e nol si può mettere, in faccia ad un uomo maturo, nello stato di sospizione di cui sarebbe naturale di colpirlo in faccia ad un giovane senza esperienza (*ivi*).

Da questo divieto si eccettuano i tutori o ex — tutori che sono ascendenti del disponente, chè questa sola qualità di ascendenti li salva dalla diffidenza ond' è motivata l'incapacità (*ivi*).

XI. — Per un motivo di diffidenza analogo la legge dichiara nulla in principio ogni liberalità fatta da un infermo, durante la malattia ond'è morto, al medico che l'à curato o al ministro del culto che l'à assistito. E sotto il nome di medico vogliosi comprendere eziandio gli empirici o ciarlatani, giacchè fan mestiere di guarire gl' infermi; l' illegalità del loro esercizio non potrebbe evidentemente divenire una causa di favore; e di fermo molto più in essi è da temere la cupidigia che nel medico il quale esercita lecitamente. Bisogna del resto che vi sia stata curagione, un semplice consulto non basterebbe. Del pari è d' uopo che il ministro del culto abbia adempiute presso lo infermo delle funzioni di natura da dargli influenza sul l' animo di lui (art. 909).

Del resto, la regola non s' applica al medico o al ministro che fosse coniuge dell' infermo; mercecchè tra coniugi l' influenza non è da temere soltanto nel caso qui preveduto, ma ogni giorno, ogni istante; onde per essi conveniva prendere una precauzione incessante, assoluta, indipendente dalla tale o tal qualità e che garentisse non meno il marito contro la moglie che la moglie contro il marito. Essa esiste difatti, e l' indicheremo nella sezione III del cap. 11. La liberalità sarà dunque valida tra coniugi, ancorchè il matrimonio non si fosse effettuato che durante la malattia; salvo fosse stabilito che era stato contratto appunto per arrivar poi alla liberalità e così sfuggire al divieto (*ivi*).

Due eccezioni subisce la regola. — Son valide in prima le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare e non eccedenti, avuto riguardo alla fortuna del disponente, i limiti d' una semplice ricompensa. — La seconda eccezione è fondata sulla parentela. Se lo infermo non lascia eredi in linea retta, ogni disposizione, anche universale, è valida a favore del medico o del ministro che si trovi esser parente dello infermo nel quarto grado o in un grado più prossimo. Che se lo infermo abbia eredi in linea retta, la disposizione non vale che quando il medico o il ministro sia egli stesso uno di questi eredi (*ivi*).

XII. — I comuni, gli stabilimenti pubblici ed ogni altra collezione d' individui formante una persona morale non possono raccogliere una liberalità che con autorizzazione del governo, il quale dee vegliare al mantenimento de' dritti delle famiglie, e prevenire il soverchio incremento di ricchezza delle corporazio-

ni. Per somme di danaro o per cose mobiliari non eccedenti il valore di 300 fr, l'autorizzazione è data da'prefetti; negli altri casi dee risultare da un decreto del capo dello stato (art. 910).

XIII. La donna maritata, non potendo acquistare, neppure a titolo gratuito, senza l'autorizzazione del marito, o del giudice, sarebbe incapace, senza quest' autorizzazione, di raccogliere la donazione o il legato. Si sa per altro esser questo un caso d' incapacità imperfetta, talchè l'accettazione così fatta irregolarmente non sarebbe radicalmente nulla, ma solo annullabile sulla domanda della donna o degli aventi causa da lei (art. 934).

La medesima regola s' applica alle disposizioni che fossero accettate da un minore emancipato senza l' assistenza del suo curatore (art. 935).

Lo stesso sarebbe del minore non emancipato e dell' interdetto che accettassero la liberalità eglino stessi invece di lasciarla accettare da' loro rappresentanti legali; questi rappresentanti, in quanto spetta i minori, non son qui soltanto i loro tutori; sono ancora, eziandio pe' minori emancipati, tutti i loro ascendenti: la legge, con un testo espresso, conferisce loro il dritto d' accettar solennemente la donazione e tanto più quello d' accettare un legato. Ma questa facoltà non è estesa agli ascendenti d' un interdetto, in nome del quale pertanto non può la liberalità venir regolarmente accettata che dal tutore (*ivi*).

Circa al sordo muto, egli può sempre raccogliere il beneficio d' un testamento, non essendo l' accettazione del legato sottomessa a veruna forma speciale. Per la donazione convien distinguere: può accettarla egli stesso, so sa scrivere; nel caso opposto deve accettarla per lui un curatore nominato da un consiglio di famiglia, e l' accettaziono ch' egli facesse da sè rimarrebbe nulla e non avvenuta. Il sordo muto che non sa scrivere starebbe dunque, circa alla donazione, finchè non avesse curatore, nel medesimo stato che se fosse personalmente incapace di ricevere (art. 936).

XIV. — Per riepilogare sommariamente le regole anzidette e senza riprodurre le eccezioni, diremo:

Son colpiti da un'incapacità completa di ricevere: 1° le persone non ancora concepite al momento della disposizione o che concepite non nascessero vitali; 2° il tutore ed altresì l' ex — tutore che non à ancora fatto approvare il suo conto, per tutte le liberalità che gli fossero fatte dal pupillo o ex — pupillo; 3° i medici e i ministri del culto che ànno assistita una persona nella malattia ond' è morta, per le liberalità fatte loro da questa persona nel corso della detta malattia; 4° i comuni, stabilimenti pubblici o altre persone morali, finchè non sieno abilitate da un' autorizzazione speciale del governo; 5° infine, e solo per le donazioni tra vivi, il sordo-muto che non sappia scrivere finchè non sia assistito da un curatore (eppure la non è un' incapacità propriamente detta e la regola che indicheremo al numero seguente non s' applicherebbe a questo caso).

Son sottomessi all' incapacità imperfetta, che per verità lascia realizzar l' acquisto, ma permette di farlo annullare: 1° il pupillo e lo interdetto che venissero eglino stessi ad accettar la liberalità in luogo di lasciarne la cura a' loro rappresentanti legali, che soli far lo possono regolarmente; 2° il minore emancipato che accettasse senza l' assistenza del suo curatore; 3° la donna maritata che il facesse senza l' autorizzazione del marito o del giudice.

XV. — Semprechè una disposizione fatta in apparenza a titolo oneroso a prò d' una persona incapace di ricever gratuitamente, sarà riconosciuta esser una donazione, o quando una liberalità s' indirizzerà a una persona capace, ma per esser da lei restituita ad una incapace, la disposizione così mascherata o fatta a persona interposta sarà nulla, tosto che sien provate la simulazione o l' interposizione. Sarebbe lo stesso, quando fosse provato che una liberalità è stata procurata alla persona incapace per qualsivoglia altra via indiretta. Havvi anzi un caso in cui l' interposizione di persone è presunta di pieno dritto, in guisa che non à d' uopo d' esser provata e che non si può tampoco provare che non esista; gli è quando il donante si trova esser il padre, la madre, il coniuge o il discendente d' una persona incapace e attualmente vivente (art. 911).

SEZIONE II.

Della quota di beni di cui si può disporre per donazione tra vivi o per testamento.

XVI. — Il patrimonio di ciascuna persona è diviso dalla legge in due parti, una delle quali può esser donata a talento del proprietario, laddove l' altra è sottratta al suo dritto di disposizione gratuita e dee di necessità pervenire a' suoi successori *ab intestato*. La prima dicesi *porzione disponibile* o *quota disponibile*; *la seconda porzione riservata, successione riservata, riserva.*

Qui dunque più non trattasi della capacità delle persone, ma della disponibilità dei beni, per guisa che le regole di questa sezione formano degli statuti reali, le cui conseguenze pertanto, come si è veduto nell' epilogo del Titolo preliminare (n° III — 2° e

3° e n° IV) sarebbero differentissime da quelle che producono gli statuti personali, i quali compongono la sezione precedente.

— Tuttavia le regole di disponibilità a cui giungiamo ànno un' evidente influenza su una delle regole di capacità indicate in essa sezione. Vogliamo intendere della capacità di disporre (per testamento) pel minore di sedici a ventun anno. Questa capacità , non esistendo che per una frazione della disponibile (la metà) , è chiaro che sarà più o meno estesa secondo l' estensione di questa e che seguirà tutte le variazioni che ci presenterà la quota disponibile.

Dopo aver esaminato di qual quota di beni un proprietario può disporre secondo i vari casi, parleremo dell' azione *di riduzione*, con la quale i successori *ab intestato* possono far risegare dalle liberalità fatte dal loro autore ciò che fosse stato donato al di là di questa quota.

§. I.

Della disponibile e all' incontro della riserva.

XVII. La disponibile si regola a tenore dei diversi sistemi , secondo che la disposizione s' indirizza , **1.** al figlio naturale del disponente , **2.** al suo coniuge , o **3.** a qualunque altra persona. Si distingue quindi la disponibile ordinaria , la disponibile fra coniugi e la disponibile pe' figli naturali.

1. Quota disponibile ordinaria.

XVIII. La disponibile ordinaria varia a norma della qualità e del numero degli eredi che trovisi avere il defunto. Conseguentemente sol dopo la morte del disponente si sa s'egli abbia o no donato al di là della sua disponibile , se abbia o no manomessa la riserva , ed eziandio se vi sia luogo a riserva per la sua successione.

Primamente non ci à riserva che quando la successione è raccolta da discendenti (legittimi, adottivi, o anche naturali) o da ascendenti legittimi: i collaterali, il coninge e lo Stato non ne àmo giammai (art. 1916).

La disponibile è della metà de' beni, se il defunto à per erede un sol figlio legittimo, del terzo, se due, e del quarto, se tre o più; dei nipoti o dei discendenti più lontani àn lo stesso dritto de' figli senza distinguere se vengano per rappresentazione o in nome proprio, ma non contano in tutti i casi che pel figlio da cui son nati. — Quindi la riserva trovasi fissata a metà per un sol figlio (o per gli ascendenti di lui), a due terzi per due figli e a tre quarti per un maggior numero (art. 913 e 914).

Sotto il nome di figli bisogna qui comprendere non pure i figli legittimi o legittimati, ma altresì i figli adottivi, dappoichè un testo espresso accorda loro tutt' i diritti ereditari del figlio concepito in matrimonio (*ivi*).

I figli naturalmente ànno egualmente diritto a una riserva, ancorchè concorrano con eredi legittimi. In fatti il diritto del figlio naturale sulla successione dell' autore che lo à riconosciuto è allora della stessa natura del diritto del figlio legittimo, poichè ne è una frazione (il terzo , la metà o i tre quarti, secondo i casi), epperò esso figlio naturale avrà una frazione della riserva che avrebbe un figlio legittimo.

Che se il defunto non lasci verun erede legittimo , il figlio naturale avrà allora la medesima riserva che gli stessi figli legittimi, poichè è chiamato come loro alla totalità della successione.

XIX. Quando la successione del disponente è raccolta da ascendenti di lui, sia che vengano soli, sia in concorrenza di collaterali (esempligrazia i genitori o l'un di essi con collaterali privilegiati o degli ascendenti d'una linea con collaterali ordinari dell'altra), la riserva è invariabilmente fissata a un quarto di tutt' i beni per gli ascendenti di ciascuna linea , quali che sieno il numero e il grado di questi ascendenti ; talchè sarà del quarto, se non vi sieno ascendenti eredi che in una linea, e di metà, se ve ne abbiano in entrambe. Per tanto la disponibile sarà di metà nel secondo caso, e dei tre quarti nel primo (art. 915.)

Questo diritto di riserva, il quale, quando trattasi dei discendenti, appartiene ai figli adottivi e perfino, per una certa frazione, ai figli naturali , non appartiene reciprocamente a' genitori naturali o adottivi.

Pe' genitori naturali primamente, niun testo l' accorda loro, e non si può loro darlo per via di conseguenza, perchè appartiene ai loro figli naturali rispetto ad essi. L' autor naturale è men favorevole ancora del suo figliuolo , essendo egli colpevole dell' illecito commercio di cui il figlio è innocente, epperò allora succede a questo figlio, quando costui non lasci nè discendenti legittimi nè figli naturali (*Riassunto precedente* n. XIV e XX), ovechè il figlio succede a lui, non ostante la presenza di figli legittimi. Or, siccome non si potrebbe andare a una fissazione arbitraria ed è forza, nel silenzio della legge, o ricusare intera la riserva o accordarla intera, è chiaro che il primo partito vuolsi prendere, dacchè il secondo menerebbe a trattare esattamente l'autore naturale come l'autore legittimo ed a risparmiare la bastardigia in chi ne è colpevole, quando la legge la colpisce in colui stesso che n'è innocente.

In quanto ai genitori adottivi, è evidente, postochè la legge dichiara espressamente che non avranno il diritto di successione in faccia all'adottato se non su' beni provenienti da loro, che ancor si trovassero nel patrimonio del defunto. Non ànno dunque veron diritto in quelli onde il defunto à disposto e tutto quindi è disponibile per essolui.

Si è veduto infine nel precedente riassunto (n. XI. in fine) che questo diritto di riserva non può nemmanco, e per la stessa ragione, appartenere agli ascendenti donanti in tal qualità.

Niuna riserva, come già si è detto, essendo dovuta a' collaterali e l'intero patrimonio in quanto ad essi restando disponibile, ne segue che nel caso di concorso dei collaterali e degli ascendenti, questi preleveranno sulla parte dei beni di cui il defunto non à disposto la loro riserva tutta quanta innanzi che possan prendere checchessia i colloterali.

XX. Gli era un punto già dibattuto quel di sapere quali sarebbero la disponibile e la riserva per le disposizioni fatte in usufrutto soltanto. Non si potea donar l'usufrutto che ne' limiti, in cui si potea donare la piena proprietà, ovvero si potea donare in usufrutto un valor pari a quello di tutta la disponibile in proprietà? Il Codice tronca la difficoltà: per principio, il disponente non può donare dell'usufrutto o della rendita se non la parte che può donare della stessa proprietà; ma l'erede non può però far ridurre a una quota minore la disposizione che ecceda i limiti voluti: egli à la scelta o d'eseguirla per intero o di sopprimerla per intero, sostituendo l'abbandono di tutta la disponibile in piena proprietà (art. 917).

Egli è naturale, del resto, che nel caso di più eredi ciascun di essi sia libero d'ottare a sua posta, l'uno dando per la sua parte l'usufrutto obbietto della disposizione, l'altro la parte che deve nella piena proprietà disponibile.

2. *Quota disponibile fra coniugi.*

XXI. Il Codice stabilisce per le liberalità fatte tra coniugi una disponibile speciale, che è talvolta minore, tal altra più forte della disponibile ordinaria. Per liberalità fra coniugi s'intendono non pur quelle che faunosi due persone attualmente maritate l'una all'altra, sì eziandio quelle che fannosi prima della loro unione in considerazione di questa unione, sia nelle loro tavole nuziali, sia fuori di queste.

Allorchè il disponente non lascia figli o discendenti per eredi, egli à potuto donare al suo coniuge (sia d'un primo, sia d'un secondo o susseguente letto) tutto ciò che avrebbe potuto a un estraneo, e inoltre l'usufrutto del rimanente (art. 1094).

Quando lascia dei discendenti, bisogna distinguere se il coniuge donatario sia o no il secondo autore di questi figli.

1. Se trattasi dell'autore de' figli, volendo la legge che il coniuge possa sempre ricevere abbastanza da sopperire a' suoi bisogni, non riduce mai fino al minimo della disponibile ordinaria, ma da un altro canto, siccome le liberalità eccessive son molto più da temere fra coniugi che a favor d'altre persone, non permette d'andar neppure fino al massimo di questa disponibile ordinaria. I bisogni possibili del coniuge essendo qui la precipua considerazione della legge, ed essendo del resto indipendenti dal numero dei figli, la disponibile è invariabilmente fissata a un quarto di proprietà, più un quarto di usufrutto o ad una metà in usufrutto soltanto (art. 1094).

Sonsi elevati dei dubbi in questi ultimi tempi sull'estensione di cotal regola del Codice, e si è preteso che la era una quota facoltativa cui il disponente può donare quando si trovi più forte della disponibile ordinaria che sia più considerevole. Ma cotesto sistema non può sostenersi a fronte dei lavori preparatorii del Codice. Il tribunato infatti avea domandato che così fosse, e proponeva mutar la legge in guisa tale che il coniuge « potesse sempre donare al suo consorte quanto potrebbe a un estraneo ». Or cotesta proposizione fu rigettata; e fu diffinitivamente dichiarato nel tribunato per organo del relatore che « il coniuge non può avere se non un quarto di proprietà e un quarto d'usufrutto o una metà in usufrutto e che se la disposizione eccedesse questi limiti, verrebbe ridotta. « La medesima idea fu espressa nel Corpo legislativo dal commessario del governo.

Si vede che qui, contrariamente alla regola ammessa per la disponibile ordinaria, le disposizioni d'usufrutto sottostanno alle medesime regole delle disposizioni di proprietà, cotalchè, quando i limiti legali sono eccedenti, àvvi luogo, per le prime come per le altre, alla riduzione diretta e non più alla scelta per l'erede d'eseguire intera la disposizione o di sostituirvi l'abbandono di tutta la disponibile in proprietà. Gli è ancor questo un punto, su cui l'istoria della formazione del Codice non lascia dubbio di sorta.

Se accadesse che il disponente dichiarasse di donare « o un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto, o metà in usufrutto soltanto, » senza spiegare se al beneficiario o all'erede intenda attribuire la scelta dell'alternativa, è chiaro che la sarebbe una quistione d'intenzione un punto di fatto che i giudici deciderebbero secondo le circostanze.

2. Quando la liberalità è fatta a un nuovo coniuge da un consorte che lascia dei figli o

discendenti d'uno o di più matrimoni precedenti, questo coniuge può calcolarsi per un figlio di più e ricevere una parte pari a quella che rimarrà a ciascun dei figli. Che se per effetto di liberalità precipuarie i figli si trovassero aver parti inuguali, non potrebbe il coniuge aver più di quello de' figli che meno avesse, e non può tampoco, in niun caso, ricevere oltre il quarto dei beni. Del resto, ancorchè i figli fossero tutti morti, e i nipoti che li surrogano venissero alla successione in nome proprio, sempre a una parte calcolata sul novero dei figli, o non a una parte di nipote, avrebbe dritto il coniuge (art. 1098).

Quando vi ha parecchi matrimonii successivi del coniuge che abbia figli d'un precedente letto, la quota che abbiamo indicata non potrebbe esser donata a ciascuno dei nuovi coniugi, chè presenta il massimo di quello può donarsi a tutti insieme questi coniugi. Sicchè tosto che il coniuge, il quale à figli d'un precedente matrimonio, avesse donato al suo secondo consorte o una parte di figlio o il quarto del suo avere, nulla donar potrebbe a un terzo coniuge. Tal era infatti la regola del nostro diritto antico, e lungi d'aver palesata l'intenzione di qui attenuare gli antichi principî per ampliar la disponibile, i compilatori del Codice, i quali già s'eran mostri più severi vietando di mai donare più del quarto (il che non era inibito per l'innanzi) àn formalmente dichiarato di *mantenere* pel resto il pristino stato di cose (*ivi*).

XXII. — Ora conviene che consideriamo la disponibile fra coniugi ne' suoi rapporti con la disponibile ordinaria.

Egli è primamente fuori dubbio che le due quote non posson mai cumularsi, ossia che il disponente non potrebbe donar per intero ad uno o più coniugi la disponibile testè indicata, donando per intero ad altri la disponibile ordinaria. La somma delle varie liberalità non può mai oltrepassar la cifra della disponibile più elevata e che è or l'una or l'altra. Anzi potrebbe avvenire che vi fosse eccesso, benchè l'insieme delle liberalità non oltrepassasse la disponibile più forte. Questo risultato può presentarsi quando la disponibile più elevata è quella del coniuge, come ci facciamo a spiegare.

Notiamo innanzi tratto che quando la disponibile speciale a' coniugi è più considerevole della disponibile ordinaria, l'eccedenza di quella su questa non può mai esser donata che ad essi coniugi, essendo una risorsa straordinaria, un credito suppletorio che solo può servir nei casi e per le persone, per cui è aperto. Or quando il disponente à cominciato per donare ad estranei, è chiaro che un coniuge potrà benissimo, dopo costoro, ricevere l'eccedenza della disponibile espressamente per lui ordinata. — Così, allorchè il padre di tre figli à prima donato a un estraneo il quarto del suo avere (tutta la disponibile ordinaria), è aperto che non può poscia donare al suo coniuge il quarto d'usufrutto che tra coniugi trovasi disponibile oltre il quarto di proprietà.

Lo stesso è, checchè siasene detto (e la Corte suprema l'à riconosciuto) quando le diverse liberalità fannosi nello stesso tempo, giacchè nulla impedisce di fare ancora alla stessa guisa l'imputazione. — Così, quando il padre di tre figli attribuisce con una medesima donazione il quarto di piena proprietà a un estraneo e il quarto d'usufrutto a sua moglie, non s'à mica il dritto di dire che, se l'attribuzione di questo quarto d'usufrutto non fosse stato permessa per la moglie dalla regola speciale, il disponente glielo avrebbe dato egualmente; che pertanto l'avrebbe preso sulla disponibile ordinaria, il che avrebbe ridotto l'estraneo a un quarto di nuda proprietà. Ei non s'à il dritto d'interpretare arbitrariamente in tal guisa ciò che il disponente à benissimo potuto intendere e volere altrimenti... Chi ci dice che al disponente non importava assolutamente di donare il quarto di piena proprietà all'estraneo, come ne aveva il dritto? chi ci dice anzi che non gl'importasse anche più la donazione all'estraneo che quella al coniuge?

In ogni caso, entrambe gli eran permesse; e di fermo non si può con semplici supposizioni, d'altronde gratuite, giungere all'annullamento d'una di quelle. Ma, quando la donazione al coniuge sarà stata fatta la prima, non si potrà più (almeno in principio) imputare la sua liberalità sulla disponibile speciale, per poi permettere al disponente di donare la disponibile ordinaria ad estranei; chè su crediti ordinari debbon prima prendersi le spese, e solo nell'insufficienza de' primi si può ricorrere a' crediti suppletori. Adunque il dono fatto primamente al coniuge s'imputerà sulla disponibile ordinaria; e se l'esaurisce, qualunque donazione fatta posteriormente ad un estraneo sarà nulla. — Così, quando il disponente (sempre supponendo tre figli) à prima donato un quarto di usufrutto a sua moglie con una prima donazione, e non à donato il quarto di piena proprietà all'estraneo che con una donazione posteriore; la seconda liberalità (benchè con la sua riunione alla prima non ecceda la più forte disponibile) dovrà esser ridotta a un quarto di nuda proprietà. La donazione del coniuge, essendo qui la prima, deve impotarsi sulla disponibile ordinaria, la quale pertanto non offre più che un quarto di nuda proprietà per la donazione fatta di poi ad un estraneo. La prova che in questo caso non si potrebbe mantenere la seconda donazione per intero

senza far profittare l'estraneo del credito straordinario aperto soltanto per la moglie, è che, se questo credito non esistesse, la seconda donazione non avrebbe potuto farsi come si è fatta e non avrebbe potuto aver per obbietto che il quarto di nuda proprietà.

Altrimenti sarebbe, se una parte della prima liberalità fosse di natura da non potersi donare che giusta le regole particolari della disponibile fra coniugi. Sarebbe pur d'uopo allora, per la forza delle cose, imputar questa parte sulla disponibile straordinaria, comechè il dono fosse fatto il primo. — Così quando il disponente à primo donato alla moglie metà in usufrutto e poi all'estraneo un quarto di nuda proprietà, ambe le disposizioni dovran mantenersi. Non si può dire (benchè sia pur questo il sistema della Corte di cassazione) che, se il benefizio speciale al coniuge non era, la donazione fattagli di metà in usufrutto si sarebbe trovata eccessiva e sarebbe stata dall'erede trasformata in un quarto di piena proprietà; che così tutta la disponibile ordinaria si sarebbe esaurita; che quindi non sarebbe stata possibile la seconda donazione. Questo è un evidente sofisma. Dappoichè, quando il disponente à fatto un atto che gli era permesso, non si à certo il dritto di dire che l'avrebbe fatto egualmente, se gli era inibito; egli à donato metà d'usufrutto, perchè la legge glielo permetteva; l'atto è perfettamente legale, epperò dee accettarsi qual è. Or la metà di questa metà d'usufrutto, cioè un quarto, non à potuto esser donata che in virtù della regola speciale, ed imputandola sulla disponibile straordinaria, onde sulla disponibile ordinaria non si è preso che l'altro quarto d'usufrutto; per conseguenza il resto di questa disponibile ordinaria, il quarto di nuda proprietà, è rimasto libero per la seconda donazione (art. 1100).

3. *Quota disponibile pe' figli naturali.*

XXIII. — Le liberalità fatte ad un figlio naturale dall'autore che lo à riconosciuto, o a' discendenti legittimi di esso figlio dopo la costui morte, non possono eccedere la porzione di beni attribuita a questo figlio naturale, o a' suoi rappresentanti nel patrimonio dello autore dalla legge delle successioni. Pertanto la disponibile è quì: 1° in caso di concorso con discendenti legittimi del defunto il terzo della parte ereditaria a cui il figlio avrebbe avuto dritto, se stato fosse legittimo; 2° la metà, se il concorso à luogo con ascendenti o con collaterali privilegiati; 3° i tre quarti, se questo concorso si fa con collaterali ordinari (art. 908).

Gli eredi collaterali, sieno privilegiati, sieno ordinari, si trovan così avere una riserva in faccia a' figli naturali, laddove mai non ne ànno contro ogni altro donatario, sia erede, sia estraneo, sia coniuge. Questa quota ristretta non può esser donata, beninteso, che a' figli naturali semplici; gli adulterini e gl'incestuosi non posson ricevere se non ciò che sia necessario a procacciar loro degli alimenti. Ben s'intende altresì che la restrizione qui apportata alla quota disponibile ordinaria non à effetto pe' figli naturali i quali ne son l'obbietto, che quando son legalmente riconosciuti e solo per rispetto al genitore che gli à riconosciuti. Il che è evidente, poichè lo spurio non riconosciuto autenticamente resta legalmente estraneo a'suoi genitori; e, pur nel caso di riconoscimento, resta estraneo a' congiunti dell'autore che l'à riconosciuto.

Del resto, questa nuova quota disponibile non essendo mai altro che una diminuzione della disponibile ordinaria, non ci à luogo quì alle difficoltà che ci à presentate la disponibile fra coniugi pel maggior vantaggio che talora apporta a coloro pe' quali è specialmente stabilita.

4. *Regole comuni alle tre quote disponibili.*

YXIV. — Si è dovuto comprendere da quanto sin quì abbiam detto che la fissazione della disponibile e della riserva dipende, non dalla qualità e dal numero de' *successibili* che il disponente lascia alla sua morte, sibbene dalla qualità e dal numero de' suoi eredi, di coloro che accettano la sua successione. E infatti, la riserva non essendo altro che la successione medesima in quanto è rigorosamente riservata dalla legge, è chiaro che bisogna costituirsi, erede per avervi dritto e che essa non può appartenere a' successibili che rinunziano senza che si possa distinguere a tal riguardo fra i figli ed altri parenti. — Vero è che il dritto romano, seguito un tempo ne'nostri paesi di gius scritto, aveva una regola diversa e che il dritto de'figli v'era organato non come un dritto ereditario, ma come un credito su' beni del padre. Ma questa regola è stata respinta pe' principi delle nostre consuetudini nazionali, principi riprodotti dal Codice Napoleone. A Roma potendo il padre col suo testamento togliere al figlio non solo i beni, ma anche il titolo d'erede, sarebbe stato assurdo d'esigere che il figlio avesse questo titolo d'erede per reclamar la sua parte de' beni, ma le nostre consuetudini crearono una teorica diversa, più razionale e più semplice; secondo la quale l'uomo non potè nè dare nè torre la qualità d'erede; il testamento più non fece che de' legatari. In tal modo il figlio restò erede ad onta del padre, e malgrado la disposizione che questi avesse fatta della totalità de' suoi beni. Ciò posto, con questo titolo d'erede dove è il figlio prendere la sua legittima, la quale non fu più che l'eredità medesima nella parte forzosamente riservata:

la legittima così divenne la *riserva*. — Questa creazione nazionale delle consuetudini è venuto a consacrare il Codice.

Due considerazioni stabiliscono invincibilmente cotal verità. — La prima è che il Codice non procede a determinar la legittima con attribuire a' tali parenti il dritto di reclamar la tal parte de' beni, ma soltanto col limitare il dritto che à l'autore di dispor della sua fortuna, il che lascia i beni dichiarsti indisponibili sotto il principio della trasmissione per successione legittima.

Se i testi del Codice avessero scritto pe' tali parenti il dritto di serbare o ritenere i tali beni, non si saprebbe se questo non fosse che il dritto successorio medesimo o se fosse un dritto particolare indipendente dal titolo di successore ab intestato. Ma all'opposto, nel sistema del Codice non pervenendo i beni a questi parenti dopo la morte dell'autore se non perchè son rimasti suo malgrado nel suo patrimonio, non ci à più luogo a dubitare, o non son mica possibili due spiegazioni; giacchè i beni, di cui un defunto non à disposto, non posson passare a' parenti di lui che mercè la successione intestata, e colui che ripudia questa successione non può avervi dritto di sorta. — Una seconda considerazione decisiva quanto la prima è che i compilatori del Codice nel loro progetto àn limpidamente formolato questo sistema; che tutti i membri del consiglio di Stato, niuno eccettuato, si pronunziarono formalmente su tal punto, sicchè il solo, le cui parole aveano sulle prime presentata qualche ambiguità, invitato a dichiarar categoricamente se intendeva « che il successibile rinunziante potesse nondimanco esercitare la riduzione, « rispose positivamente che « colui il quale ripudia l'eredità di suo padre non sarebbe ammesso a opporsi alle donazioni » e che infine il commissario del governo innanzi al corpo legislativo venne a riprodurvi la stessa dottrina (art. 914, num. IV).

Del resto, quando i beni indisponibili sono stati donati e gli eredi li fan ritornare coll' azion di riduzione delle disposizioni, i creditori del defunto non vi ànno alcun dritto, perchè il rientrar del bene nella successione si avvera, non assolutamente, ma relativamente agli eredi; in guisa che pe' creditori questi beni restan beni alienati e messi fuori il patrimonio del debitore. Qui accade ciò che accade pe' beni conferiti, i quali, pur rientrando nell'eredità in quanto agli eredi, non ridivengono però garenzia de' creditori ereditari, come s' è veduto nel precedente riassunto (n.° XLVI). Tuttavolta s' è veduto nello stesso luogo che, onde ara così, è mestieri che gli eredi abbiano accettato beneficiariamente, poichè altrimenti i creditori ereditari sarebbero divenuti loro creditori personali.

XXV. Dacchè la riserva è proprio la successione e il successibile che rinunzia non può quindi avervi alcun dritto, ne segue che, se questo successibile avesse ricevuto dal suo autore, durante la costui vita, de' beni che trovinsi far diffinitivamente parte della riserva, la sua rinunzia lo porrebbe nella necessità di restituire questi beni agli eredi accettanti. Questi beni essendogli stati donati in anticipazione d' eredità e come formanti la sua parte nella futura successione, egli non vi à più dritto tosto che rinuncia a questa eredità, che ripudia la successione (art. 917).

Vero è che una giurisprudenza quasi universale si è ricusata finora a riconoscer questa verità; ma le mille teoriche arbitrarie che sonosi immaginate per isfuggirvi non fanno che renderla più chiara. Indarno si dirà che l' erede il quale rinunzia allora sembra rinunziare, ma nol fa realmente (giacchè la legge non riconosce rinunzie apparenti e fittizie); ovvero che la rinunzia è reale sotto il tale o tal rapporto, ma non l' è sotto il tal altro (chè non àvvi mezza rinunzia : si accetta o si ripudia, si è erede o nol si è punto) o che la rinunzia cade su' beni restanti nel patrimonio, ma che non si estende a quelli cui l' erede donatario à nelle mani (chè si è erede per tutto o nol si è per nulla: *nemo pro parte haeres*) o ancora che l'erede con la sua rinunzia cessa d' esser erede, ma resta donatario e a questo titolo conserva i beni (chè non si possono avere come donatario che de' beni disponibili, e qui trattasi di beni riservati) o infine che bisogna qui riconoscere due quote disponibili, 1.° quella degli estranei e degli eredi collaterali; 2.° quella degli eredi riservatari, che comprende, oltre la prima, la parte dell' erede nella riserva, giacchè questa nuova quota disponibile è puramente divinatoria e non trova neppure un pretesto nella legge (art. 919, II e III).

Sicchè ogni erede, che à ricevuti dal defunto dei beni riservati, cessa d' avervi dritto tosto che rinunzia alla successione. Ma conviene sapere quando la donazione così fatta all' erede si troverà composta di beni sottomessi alla riserva.

Ei non è punto dubbio, quando tal donazione è stata fatta in un' epoca in cui tutta la disponibile era esaurita già da donazioni anteriori. Ma non è questo il sol caso; ed è forza riconoscere eziandio (punto ammesso da tutti gli arresti) che la donazione si troverà presa sulla riserva, comechè fatta in un momento in cui il disponente aveva ancora de' beni disponibili, allorchè non sarà stata fatta per precapienza e fuori parte e la di-

sponibile sarà stata impiegata più tardi in liberalità fatte, sia ad eredi per precapienza, sia ad estranei. Egli è evidente infatti che il padre di famiglia è arbitro di far della sua disponibile l'uso che gli piaccia e non è meno evidente che la sua volontà è che le sue liberalità precipuarie o fatte ad estranei si prendano sulla disponibile prima delle semplici anticipazioni d'eredità (ivi, IV).

XXVI. Un' altra conseguenza dell' esser la riserva la stessa successione e del non avervi il rinunziante verun dritto (conseguenza fin ora generalmente disconosciuta, ma che non lascia d'esser certa) è che questo rinunciante non può esser contato per fissarne l'ammontare.

Innanzi tratto la successione riservata avendo ciò di particolare, che la sua massa di beni si fa più piccola o più grande a tenore de' casi e si misura precisamente sul novero de' figli, sarebbe un andar contro lo scopo e l'idea della legge il calcolare questa massa per tre figli quando dev' esser presa da due, o per due quando dev' esserlo da un solo. Il testo della legge d'altronde è consono a questo pensiero; chè se è vero che l'art. 213 indica come base di calcolo il novero di figli che il disponente *lascia alla sua morte*, si vede dall'esame di questo articolo e di altri molti che dovunque e nella successione ordinaria e in quella riservata le parole *lasciare il tal parente* significano nel linguaggio del Codice *aver questo parente per erede*, cotalchè ben del numero de' figli accettanti la successione è parola nell' articolo. I principi infine non comportan tampoco il dubbio a questo riguardo; chè ogni rinunzia avendo un effetto retroattivo il quale fa che giuridicamente il rinunziante non sia mai stato erede, i figli accettanti trovansi dunque essere stati fin dalla morte soli investiti e ad esclusione de' rinunzianti.

Ma, dicesi, l'art. 786 dichiara che, avvenendo una rinunzia, la parte del rinunziante accresce al suo coerede; dunque, allorchè di due figli l'uno rinunzia, l'altro dee prender egli solo tutto ciò che, senza la rinunzia, avrebbero preso insieme. Quest' idea è falsa, falsissima; chè da un canto l'art. 786 non presenta un principio di dritto, ma semplici enunciazioni di fatto, le quali non ân nulla a che fare con la teorica legale, e il sol principio giuridico della materia (principio di cui lo stesso art. 786 non è che un' applicazione particolare) sta in questa regola, che il rinunziante si reputa stato sempre estraneo alla successione. Da un' altra banda, l'accrescimento, e altresì la devoluzione, di cui parla del pari lo stesso articolo, son qui impossibili assolutamente, non essendo che l'attribuzione d'una medesima massa, sia a un numero più piccolo d'eredi, sia ad eredi *d'una diversa qualità*, e che qui precisamente la massa cambia e *cessa d'esser la stessa* pel cambiamento di *numero* o di *qualità* degli eredi... La dottrina contraria, del resto, si confuta da sè per la propria contraddizione, giacchè, in quel medesimo che respinge per l'accrescimento tutte le idee succennate, le applica alla devoluzione, la cui teorica è affatto identica (art. 911. V).

XXVII. — Abbiam veduto che l'erede rinunziante non può contarsi pel calcolo della riserva e del disponibile, e lo stesso è beninteso dell'erede indegno, entrambi sono in quanto alla successione come inesistenti. Ma sarebbe altrimenti dell' erede non riservatario, il quale si trovasse escluso dalla successione per la presenza d'un legatario universale.

Così, che il defunto abbia fatto un legato universale, lasciando un fratello o un avo; quest' avo, il quale non è mica erede essendovi il fratello, non potrà venir a dire che il legatario universale trovandosi qui a fronte d'un erede non riservatario e quindi avendo il possesso di tutt' i beni, il fratello non riservatario diviene estraneo alla successione nè più nè meno che se v'avesse rinunziato; che questo fratello pertanto non debb' esser contato; che egli (l'avo) trovasi quindi chiamato alla successione *ab intestato*; che conseguentemente impedisce il possesso del legatario e può prender la sua riserva del quarto. — Questo sofisma è troppo grossolano e non si può non iscorgerne il vizio, attesochè riesce a dire che il legatario stà a fronte dell'avo perchè sta a fronte del fratello e che non è investito perchè è interamente investito!... Finchè il fratello non si à chiusa la porta dell' eredità con una rinunzia, finchè a lui solo è dato di poter criticare il testamento, si trova atto a profittare, sia della nullità del legato, sia del ripudio del legatario; epperò conserva egli il titolo d'erede *ab intestato*; con lui trovasi in relazione il legatario e dal la sua qualità convien decidere se v'abbia luogo o no a una riserva. Or, non essendo riservatario il fratello, tutto il patrimonio dunque sarà disponibile.

XXVIII. — Un' ultima operazione da far qui è che colui il quale à dritto a una riserva è mai sempre libero di rinunziarvi e divenir come erede ordinario. — Così allorchè un minore di sedici a ventun anno, che pertanto non può donare se non la metà di ciò che potrebbe un maggiore, lascia eredi il padre e de' collaterali, non può per principio legare che la metà di tre quarti o tre ottavi; ma se precisamente al padre s' indirizzi

il legato, questi, rinunziando al suo dritto di riserva, renderà valida la disposizione della metà di tutta la fortuna, e se il legato fosse precipusrio, potrebbe, pur raccogliendolo, prender la sua parte come erede nell'altra metà, o così riunire sul suo capo vuoi i cinque ottavi, vuoi i tre quarti del patrimonio, secondo la qualità do' collaterali (art. 916, 11).

§ 2.

Della riduzione delle liberalità.

XXIX. — L'azion di riduzione, avendo per iscopo di formare o di completar la successione riservata, che il padre di famiglia avesse manomessa o anche esaurila, e non potendo un dritto di successione esistere su' beni d'una persona che dopo la costei morte, dunque alla morte del disponente si possono far ridurre, se vi à luogo, le sue liberalità. Si è veduto d'altronde che preciaamente dal numero e dalla qualità degli eredi accettanti la successione si determinano l'ammontare della riserva e la fissazione delle due quote. Tutto ciò dunque non è possibile evidentemente che dopo la morte del disponente (art. 920).

Egli è altresì ben evidente che il dritto di domandar la riduzione o di profittare della riduzione operata, prendendo i beni che questa à fatti ritornare, non appartiene che a questi medesimi eredi riservatari o a'loro rappresentanti o aventi causa: nè i donatari o legatari, nè tampoco i creditori ereditari possono esercitarlo, stantecbè, essendo i beni usciti dal patrimonio, non vi rientrano con la riduzione che in quanto agli eredi riservatari e per loro soli, come di supra si è detto (art. 921).

Tuttavolta, se l'erede riservatario avesse accettato puramente o semplicemente, i creditori ereditari profitterebbero della riduzione e potrebbero sin domandarla, mercecchè per effetto dell'accettazione pura e semplice questi creditori sarebbon divenuti creditori personali ed aventi causa da esso erede. — (Potrebbe credersi a bella prima che l'accettazione pura e semplice tolga il dritto di far ridurre. L'erede, direbbesi, quando accetta puramente, diviene perfetto rappresentante del defunto, in guisa che è obbligato a tutto quello a cui era il defunto obbligato, e come questi non avrebbe potuto egli stesso levarsi contro le proprie liberalità, nol può nemmanco l'erede puro e semplice. Ma sarebbe un gravo errore; chè, comunque l'erede puro e semplice continui la persona defunta, à però do' dritti (ed anche delle obbligazioni) i quali benchè risultino da questo titolo d'erede, sono a lui nonostante propri e nascono nella sua persona, senz'aver mai esistito in quella del defunto, per modo che il titolo d'erede è soltanto *la condizione* di siffatti dritti, i quali non truvan la loro *causa* che nella disposizione speciale della legge. Tal è appunto il dritto di far ridurre, (e tale eziandio l'obbligo di pagar i debiti).

XXX. — Per sapere se la riserva è intaccata dalle liberalità del defunto o di quanto lo sia, bisogna evidentemente cominciar dal fissare la cifra di tutto il complesso de' beni per vedere qual frazione ne sia riservata, quale disponibile.

A tal uopo, si stabilisce in prima il valore di tutt'i beni che lasciava il defonto, senza distinguer quelli de' quali à disposto per testamento e quelli che lascia a'suoi eredi, o stimandoli tutti pel valor che aveano lo stesso dì della morte. A questo valore è forza sempre attenersi, pur quando si trovasse accresciuto o scemato al momento che si fa la stima, attesochè alla morte, allorchè si apre la successione, si fissa il dritto alla riserva, e sull'insieme de' valori formanti allora il patrimonio dee l'erede aver la tale frazione o la tal altra i donatari. — Fissato il valor generale de' beni esistenti alla morte, sen deduce l'ammontare de' debiti per non contare che l'eccedenza dell'attivo sul passivo. Che se il passivo uguagli l'attivo, si avrà *zero*; e notisi che così sarebbe e bisognerebbe sempre far un bilancio perfetto tra l'avere e il dare, tuttochè il passivo eccedesse di lunga mano l'attivo. Si comprenderà bentosto il perchè. Una volta terminata questa duplice operazione, si fa il calcolo di tutt'i beni che il defunto à donati nel corso di sua vita, attenendosi al valore che avrebbero presentato al momento della morte, se non ne fosse stata fatta la donazione. Sicchè non si tien conto veruno delle deteriorazioni o migliorie provenienti dal fatto dei donatari, stantechè non dee la successione nè guadagnare nè perdere, in grazia delle donazioni. Ma si terrà conto all'opposto e per la stessa ragione delle deteriorazioni e migliorie indipendenti dal fatto de' donatari. Non bisogna dunque seguir alla lettera la regola del Codice, che vuole si prenda qui per base lo stato in cui erann i beni al momento della donazioue; chè se questa regola à per risultato di prescindere da mutamenti di stato procedenti da' donatari (il che è giustissimo), avrebbe per risultato eziandio di non tener conto nemmeno de' mutamenti procedenti da accidenti naturali, e cui i beni avrebber subiti egualmente nelle mani del donante; il che è per fermo inammessibile. Ripetiamolo, il valore che s'à a prendere è quello che i beni avrebbero se non fossero punto

stati donati, se fossero rimasti nelle mani del disponente (art. 922).

Conosciuto il valore generale di tutti i beni donati tra vivi, si aggiunge all'eccedente dell'attivo, se ve n'à, e si calcola sulla cifra totale qual porzione sia riservata, quale disponibile, avuto riguardo alla qualità e al numero degli eredi e altresì alla qualità di coloro a' quali s' indirizzano le liberalità. Che se i beni esistenti alla morte non presentino un eccedente d' attivo, il calcolo fassi soltanto sul valore de' beni donati tra vivi; ma sempre sul loro valore totale, ancorchè la successione lasciasse scoverto un passivo considerevole.

Gli è evidente, essendosi veduto che i creditori ereditari non posson farsi pagare su' beni alienati, pur quando l' azione di riduzione li fa rientrare nel patrimonio. Perciò abbiam detto di sopra che, malgrado l'eccedenza del passivo su' beni esistenti alla morte, si bilanciano nondimanco i due valori senza tener conto di quest' eccedenza. La regola del Codice che dice che la deduzione de' debiti si farà sul valor complessivo dei beni esistenti alla morte e de' beni donati fra vivi sarebbe dunque inesatta pel caso particolare in cui i beni esistenti alla morte si trovassero inferiori al passivo (*ivi*).

XXXI. — Quando è fissata la cifra del disponibile, ed è oltrepassata dall' insieme delle liberalità fatte dal defunto, ci à luogo a ridurre. Ma come e in qual ordine colpirà queste liberalità la riduzione?

Finchè la disponibile non è stata esaurita nelle mani del padre di famiglia, le sue disposizioni sono state validamente fatte, e sol quando egli à continuato a donare, dopo esaurita la disponibile, à fatte delle liberalità di natura da venir criticate. Dunque l' annullamento dee farsi per ordine di data, cominciando dalle disposizioni più recenti per risalire alle più antiche.

Cotalchè vuolsi innanzi tutto saper riconoscere la data d' una liberalità, e questo punto non va scevro di difficoltà. Innanzi tratto le donazioni testamentarie, a qualunque epoca siensi scritte, àn tutte e sempre per data il momento della morte del disponente, postochè, vivente costui, son de' semplici progetti i quali poi con la morte divengono atti di disposizione. Queste liberalità dovran dunque ridursi tutte a un tempo, ciascuna in proporzione dell'importanza sua (art. 923).

Circa alle donazioni tra vivi queste àn per data il momento in cui si è formato il contratto, in cui s'è avverato il concorso delle volontà; ossia il momento dell' accettazione del donatario, o che questa abbia avuto luogo nel medesimo tempo coll' offerta del donante, o che sia stata fatta più o meno posteriormente. Onde non potranno siffatte donazioni esser ridotte che dopo annullati interamente i legati, e ciascuna di esse non potrà esser tocca che quando si saran preso per intero le più recenti (*ivi*).

Ma evvi una classe di donazioni, sieno testamentarie, siene tra vivi, le quali non possono per avventura restar sottomesse a questa regola generale; vogliam dir quelle che, fatte ad eredi, e senza precapienza (cioè per esser prese dal beneficiario che venga alla successione come parte di questa, e a titolo, non di donatario, ma di erede), non erano in origine che l' attribuzione del dritto ereditario e non si son trasformate in vere donazioni se non per la rinunzia che il beneficiario à fatta all' erede (1). Queste evidentemente, in faccia a veri donatari, non possono aver per data come donazioni che il momento in cui per la rinunzia dell' erede sono tali addivenute. Ma ciò non toglie che, pe' donatari imperfetti di cui parliamo, considerati tra loro, si mantenga la data della primitiva disposizione, niuno di essi potendo dolersi della trasformazione mercè la quale gli altri vengono a prendere una parte di disponibile che il defunto non aveva voluto lodare, e ciò perchè ciascuno fa altrettanto. Laonde queste donazioni spurie avran per data: 1. tra loro, o quella del contratto, se sono tra vivi, o quella della morte, se sono testamentarie; 2. per rispetto alle donazioni propriamente dette, quella della rinunzia che le à trasformate (art. 923, II).

Siamo dunque condotti a qui distinguere, non più due, ma quattro classi di liberalità, che ridurrannosi nell' ordine seguente: dapprima i legati fatti senza precapienza agli eredi rinunzianti, i quali saran colpiti tutti simultaneamente; in secondo luogo, per ordine di data, le donazioni tra vivi, fatte senza precapienza a questi stessi eredi; in terzo ordine soltanto e insiememente tutti gli altri legati; in quarto luogo infine per ordine di data le altre donazioni tra vivi.

Diciamo che i legati (sì quelli della prima, sì quelli della terza categoria) saran sempre ridotti simultaneamente (quell id' una stessa classe, beninteso) per la ragione che àn tutte una medesima data, quella della morte del loro autore. Se dunque non v' è luogo ad annullarli tutti per intero, e si tratti solo di far loro subire una riduzione parziale, questa riduzio-

(1) La legge infatti affigge allora alla rinunzia del successibile il favore forse strano, di poter conservare, come donatario ordinario, ciò che il disponente gli avea permesso di prendere sol come erede.

ne li colpirà tutti proporzionalmente, senza distinzione, nè tra' legati di somme di danaro e quelli d' oggetti determinati, nè tra' legati universali o a titolo universale e i particolari. A tal uopo si fisserà il valore effettivo che ciascun legato produrrebbe al suo legatario, se non vi fosse riduzione; si aggiungeranno l'uno all'altro i particolari valori de' diversi legati per conoscere il valor totale de' beni legati; si determinerà poscia di qual frazione debba questo valor totale esser diminuito, onde gli eredi abbian la loro riserva completa; e di questa frazione si ridurrà il valore particolare di ciascun legato (*ivi*).

XXXII. La regola generale testè indicata può trovarsi inapplicabile, sia per una dichiarazione speciale del disponente, sia per effetto de'rapporti della disponibile ordinaria colla disponibile tra coniugi.

Essendo il padre di famiglia sempre libero di fare della disponibile il piacer suo, è chiaro che bisognerà allontanarsi dalla regola generale quando egli l' avrà voluto. Così, quando egli à detto che il tale legato dovrebbe pagarsi a preferenza degli altri, questi dovranno esaurirsi per intero prima che possa togliersi checchessia a quello. Del resto, non volendo la legge schiuder l'adito alle contestazioni con abbandonare la prova della volontà alle arbitrarie induzioni che si potessero fare da queste o quelle circostanze, à cura di esigere a tal riguardo la dichiarazione espressa del testatore (art. 927).

Quando di diverse liberalità aventi una stessa data ed eccedenti nel loro complesso la disponibile, l'una s' indirizza al coniuge del disponente e la quota che trovasi disponibile per questo coniuge è più forte o più debole della disponibile ordinaria, è manifesto che la regola d'una riduzione proporzionale non può applicarsi puramente e semplicemente e divien necessaria un' operazione più complicata. È chiaro infatti che non si può ridurre a norma d' una sola disponibile, allorchè la legge ne stabilisce due diverse, nè far profittare il tal donatario d' una disponibile più forte della sua, a che per altri è aperta. È dunque forza in questo caso operar la riduzione proporzionale delle liberalità a tenore della disponibile più debole, la sola che lor sia comune, per attribuir poscia l' eccedente al donatario della più forte disponibile; chè altrimenti si darebbe troppo a quelli i quali non àn dritto che alla più tenue disponibile.

Ma, poichè allora si diminuisce (momentaneamente e per fare il computo) la disponibile de' donatari più favorevoli, vuolsi dunque diminuire eziandio e in proporzione (anche momentaneamente e pel calcolo) la cifra delle loro liberalità, onde non abbian troppo essi a lor volta (V. art. 1100):

XXXIII. Se al momento della morte del disponente un donatario tra vivi la cui liberalità fosse soggetta a riduzione avesse distrutte o dissipate le cose donate e si trovasse d'altronde insolvibile, la perdita risultante da questa circostanza non cadrebbe nè su' soli donatari anteriori, nè su' soli eredi; ma sugli uni e sugli altri in ragione dell' importanza della quota disponibile e della riserva. Ossia che s' imputerebbe sovresso il patrimonio, condurrebbe a una nuova e minore fissazione della massa generale e così porterebbe una diminuzione proporzionale della disponibile e della riserva.

In fatti gli eredi non potrebbero pretendere che la cifra della loro riserva debba restar la medesima, senza fermare per principio che debba restar la stessa anche la cifra del patrimonio (poichè la riserva n' è una quota).

Ma, se la cifra del patrimonio dovesse restar la stessa, i donatari sarebbon dunque fondati a pretendere che la cifra della disponibile (che del pari n' è una quota) non debba tampoco essere scemata, e si giungerebbe all' assurdo. Lo identico ragionamento applicandosi reciprocamente a' donatari, ne segue che le contrario pretensioni degli uni e degli altri di riversar tutta la perdita su'loro avversari si confutano a vicenda e conducono per la forza delle cose ad imputar la perdita sull'intera massa, donde ricadrà proporzionalmente sulle sue due parti, riservata e disponibile (art. 923 III).

XXXIV. Poichè la riserva è la parte della successione che non può venir tolta agli eredi, costoro debbon dunque ottenerla in natura, non in valori equipollenti, e l'azion di riduzione pertanto farà rientrare nel patrimonio non già il valor de' beni donati al di là della disponibile, ma i beni medesimi.

Sonoci però a questo principio due eccezioni.

Primamente, quando un immobile, cui viene a colpir la riduzione, è stato donato ad uno degli stessi riservatari (per precapienza beninteso, chè altrimenti il bene rientrerebbe nella successione per effetto della collazione e non potrebbe parlarsi di riduzione), l'erede donatario può, invece di rilasciar il bene in natura, conservarlo sino a concorrenza della sua parte di riserva, e per esser soddisfatto di cotal parte, purchè gli altri beni che formano la riserva de' suoi coeredi sieno di pari natura del bene donato, ossia degl' immobili. Che se l' immobile così donato all'erede precipuario dovesse ritornar solo in parte, s' applicherebbe una regola diversa e che già conosciamo. Si distingue allora se l' immobile possa o no agevolmente dividersi: nel primo caso fassene la divisione, e la remissione della parte che trovasi presa sulla riserva si fa in natura; nel

secondo l' immobile resta per futero dal lato ove andar dovrebbe la più forte o, in caso di parti uguali, dal lato che à più interesse ad averla (art. 924, III).

La seconda eccezione si presenta quando l'immobile è stato alienato dal donatario. — Sin dall'apertura della successione del disponente e mercè quest'apertura il donatario d' un immobile, che trovisi appartenere alla riserva, vede risolvere il suo dritto di proprietà e quindi tutte le alienazioni o concessioni quali si voglia no di dritti reali ch' egli avesse consentite trovansi risolute del pari; *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Ma, pure applicando questa regola a rigore per le ipoteche, le servitù o altri pesi reali onde il donatario avesse gravato l' immobile, la legge l' attenua pel caso d' alienazione: costringe allora gli eredi a contentarsi d' una somma di denaro che rappresenti il valore del bene, e non solo il terzo acquirente può evitar la restituzione dell'immobile, pagando questo valore, ma gli eredi non posson tampoco molestarlo, tranne se il donatario non potesse pagarli e dopo assodata la costui insolvibilità (art. 929 e 930).

Per quanto spetta i frutti del bene colpito dalla riduzione, son dovuti per principio dal dì dell' apertura della successione. (I frutti anteriori a quest'apertura non posson esserlo. perocchè, se la donazione non fosse stata fatta e la proprietà del donatario non fosse mai esistita, non l' erede, ma il disponente avrebbeli raccolti e questa donazione, oggi nulla rispetto all' erede, è stata sempre valida contro il disponente). Ma il principio non s' applica che quando l' azione di riduzione si dirige contro esso il donatario ed è formata entro l' anno dalla morte. Se solo più tardi à luogo la domanda, il silenzio serbato per un anno avendo potuto far credere a questo donatario o che non vi era luogo alla riduzione, o che non si voleva farne uso, la legge lo autorizza a non restituire i frutti che a far tempo da questa domanda medesima, chè se, essendo il donatario insolvibile, la riduzione colpisse un terzo acquirente dell'immobile donato, questi, tenuto pur come possessore dello immobile, farebbe suoi tutt'i frutti sino al dì della domanda, senza distinguere se fattagli entro l'anno della morte o più tardi (art. 928 e 930, III).

L' azione di riduzione, quando si esercita contro il donatario o i suoi rappresentanti, dura trent' anni dal dì dell' aperta successione, altro non essendo che una petizione di eredità. Ma, quando s' indirizza a' terzi, i quali àn di buona fede acquistati degli immobili donati, è chiaro che va sottomessa, giusta la regola generale, alla prescrizione di 10 o di 20 anni.

XXXV. Si è veduto nella sezione I, che l' atto a titolo oneroso in apparenza, fatto a favore d' una persona incapace di ricevere, e che si provi essere una donazione; che del pari la donazione fatta in apparenza ad un terzo, ma che si provi indirizzarsi all' incapace per l' interposizione di questo terzo; che infine tutte le liberalità fatte ad un incapace per vie indirette qualichessieno, debbono essere annullate, e che lo stesso è de' casi in cui la qualità del donatario trae seco di pieno dritto la presunzione d' interposizione, e quindi la nullità della donazione. Or questa regola s'applica naturalmente al caso dell' indisponibilità de' beni come al caso d' incapacità delle persono (art. 930).

Oltre a queste regole, comuni all'incapacità ed alla indisponibilità, il Codice ne presenta due altre, d una maggior severità, speciali a quest' ultima materia; l' una di esse anzi non s' applica che fra coniugi.

1.° Quando una persona à consentita l' alienazione di un bene a favore di un parente in linea retta che si trovava allora suo erede presuntivo, e quest'alienazione è fatta, sia a fondo perduto, sia con riserva d' usufrutto, l' atto, malgrado la sua apparenza di stipulazione a titolo oneroso, e senza che vi sia luogo di provare che à questo carattere, vien reputato di pieno dritto non essere che una donazione mascherata; e questa liberalità (cui del resto la legge dispensa dalla collazione) è riducibile come ogni altra a' limiti della disponibile. Altrimenti è da dire, e il contratto non è tenuto per atto a titolo oneroso che se abbia avuto luogo col consenso degli altri eredi presuntivi nella linea retta (art. 918).

La regola s'applica, diciamo, alle alienazioni fatte o con riserva d' usufrutto o a fondo perduto. Or si sa che l' alienazione a fondo perduto è quella che si consente in iscambio di rendite che non debbano esser pagate se non per un certo tempo; in guisa che il bene uscito dal patrimonio non vi si trova sostituito da un valore permanente e trovasi perduto in quanto al fondo; sicchè l' alienazione non è a fondo perduto quando è fatta per una rendita perpetua (*ivi*).

Qui non si tratta però che delle alienazioni, nelle quali il valore formante il prezzo del fondo perduto si è stipulato a favor dell' aliemente e non per un terzo; chè tal è il significato ordinario delle parole *alienazione a fondo perduto*. E di fermo, quando questo valore (una rendita vitalizia p. es.) si paga ad un terzo, non v' è più motivo di presumere la gratuità dell' atto e la simulazione delle quietanze che avesser potuto darsi. E questo pensiero della legge ben risulta dall'esser l'alienazione a fondo perduto posta allo stesso livello di quella che fassi con riserva d' usufrutto. Se la pre-

sunzione cessa quando l'usufrutto è attribuito a un terzo, dee cessar del pari allorchè a questo terzo va il benefizio del fondo perduto (*ivi*).

Se fra' coeredi presuntivi dell'acquirente alcuni soltanto avessero consentito all'alienazione, costoro, venendo alla successione, sarebbon tenuti a rispettarla come atto a titolo oneroso; ma quelli che non avessero consentito potrebbero, in quanto alla loro parte, trattarla come donazione mascherata e farla ridurre alla disponibile (*ivi*).

In tutto ciò, del resto, non si tratta che de' parenti diretti dell'alienante, e la presunzione di gratuità dell'atto mai non esiste nè pro nè contro i collaterali. Questi collaterali non avendo riserva, è chiaro che mai non potrebbero pretendere essersi la tale alienazione fatta gratuitamente, per giungere a farla ridurre.

Da un altro canto, pensando probabilmente la legge che un atto inteso a vantaggiar frodolentemente un degli eredi sarà molto men frequente per collaterali che per parenti diretti, non istatuisce cho contro questi ultimi la presunzione di gratuità (*ivi*).

2.° Pensando la legge con ragione che le liberalità eccessive son da temere soprammodo fra coniugi, temendo qui più che altrove le frodi che così spesso si ritrovano mercè simulazione di atti onerosi o mercè un'interposizione di persone, e volendo energicamente reprimere siffatte frodi, dichiara che ogni liberalità fatta ad un coniuge sotto l'apparenza d'atto oneroso o coll'intermedio di persone terze, non sarà soltanto ridotta alla misura della disponibile, ma sarà nulla pel tutto. Essa reputa d'altronde di pieno dritto persone interposte in tal caso i figli del coniuge donatario che non sieno a un tempo figli del disponente, e tutt'i parenti dei quali questo coniuge trovasi essere erede presuntivo al momento che si fa l'atto (art. 1099 e 1100).

Circa alle liberalità che fosser fatte al coniuge per qualunque via indiretta, salvo la simulazione d'atto oneroso per interposizione di persone, esse restan solo sottomesse alla riduzione (art. 1099, 1°).

XXXVI. Innanzi di passare alle regole speciali alle donazioni tra vivi o alle testamentarie, ci resta da indicarne una che la legge, con un' applicazione poco ragionata delle idee romane, rende comune alle une ed alle altre.

I Romani, agli occhi de' quali era un disonore di morir senza erede testamentario e che pertanto affiggeano estrema importanza a lasciar un testamento valido, avean dichiarato che le condizioni impossibili o illecite inserite in un testamento, lungi dal portare la nullità dell'atto, come volevano i principi, vi sarebbero cancellate e riguardate come non avvenute. Il nostro dritto intermedio, non contento di riprodurre questa regola, l'estese, non si sa perchè, alle donazioni tra vivi; e il Codice, che pur vede con isfavore queste donazioni ed anche i testamenti non riguarda che come un'eccezione poco favorevole al diritto comune, riproduce tuttavia per intero questa disposizione, che è impossibile giustificare (art. 900).

CAPITOLO II.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI.

XXXVII. La donazione tra vivi è un contratto col quale una persona fa una disposizione gratuita del suo bene a favore di un'altra persona che l'accetta.

La donazione può essere *onerosa*, cioè fatta con certi pesi, o *rimuneratoria*, cioè fatta per ricompensare de' servigi prestati. Ma fa d'uopo, beninteso, che il valor de' servigi (se son valutabili in danaro) o de' pesi imposti, non uguagli quello del bene trasmesso; chè in questo caso la pretesa donazione non sarebbe più tale e diverrebbe realmente un contratto ordinario a titolo oneroso. Ed eziandio nel caso in cui il valor del bene ecceda il valore de'servigi valutabili o de'pesi, l'atto non è una vera liberalità che per l'eccedente, e solo per questo eccedente vi sarebbe luogo a collazione o a riduzione. La donazione può ancora, come ogni altro atto, farsi sotto condizione o a termine. Può infine essere universale o a titolo universale o a titolo particolare, secondo le distinzioni che verranno indicate po' legati nel capitolo III, sez. II.

La donazione tra vivi non può farsi in generale che per atto notarile e con minuta (art. 931); e se trattisi di mobili, si richiede inoltre che uno stato estimativo di questi mobili si trovi nell'atto o vi sia annesso (art. 948). Ma le donazioni che fannosi accessoriamente ad un atto a titolo oneroso o che sieno esse stesse mascherate sotto la forma di un tale atto, son dispensate dalla forma notarile, e niun atto è necessario per doni manuali di mobili suscettivi di acquistarsi con la semplice tradizione (art. 931).

XXXVIII. L'accettazione di una donazione può farsi separatamente e posteriormente all'offerta del donatore, purchè sia fatta eziandio per atto notarile e con minuta. In tal caso la donazione non si forma che al momento dell'accettazione, stantechè da essa è prodotto il concorso delle volontà. Ma, comunque, a far tempo dall'accettazione, il donatario sia proprietario, non lo è però che sot-

to la condizione risolntiva delle disposizioni che far potesse il donante; e il contratto non è perfetto in riguardo a costui che con la notificazione fattagli dell' accettazione: fino allora il donante conserva il dritto di disporre e di rivocare a sua posta. E, poichè fino alla notificazione non esiste vincolo che leghi il donante, la donazione sarebbe dunque non avvenuta, se questo donante venisse a morire anzichè fatta la notificazione. Del resto, se la notificazione dee così farsi al donante ancor vivente, non è indispensabile reciprocamente che la faccia il donatario in persona; potrebbero farla gli eredi o altri successori di lui. Egli è del pari indifferente di sapere in qual forma fosse fatta questa notificazione (art. 932).

La legge permette l'accettazione per mandatario; ma noi qui ritroviamo l'odio tradizionale per le donazioni, che pare vada crescendo quando più è antico. Così punto non basterebbe un mandato generale di rappresentar la persona in tutti gli atti che possano interessarla; si richiede un mandato speciale, se non per la tale donazione, almeno per le donazioni. Fa d'uopo inoltre che questo mandato sia in atto notarile e ricevuto in minuta, poichè la legge vuole ne sia annessa una spedizione. Il nostro dritto antico non esigeva nè la specialità nè l'autenticità della procura; e permetteva inoltre l'accettazione dal canto d'un terzo che si faccia garante del donatario, il che punto non ammette il nostro Codice (art. 933).

I tutori, per le donazioni fatte a' pupilli o agli interdetti, il curatore nominato *ad hoc* per quelle che s'indirizzano a un sordo muto, il quale non sappia scrivere, e i direttori o amministratori di stabilimenti pubblici e altre persone morali non ànno solo il diritto, ma son nell' obbligo di accettare queste donazioni. Sono quindi responsabili del manco d'accettazione, contro il quale mal non v'è luogo pel donatario a farsi rilevare, pur quando coloro che doveano accettare fossero insolvibili (art. 942).

N. B. — Delle donazioni fra vivi non son sempre sottomesse alle medesime regole; ed abbiam qui da distinguere: 1° le donazioni ordinarie, 2° quelle fatte a futuri coniugi nel loro contratto nuziale da terzi, 3° infine quelle che i coniugi fannosi tra loro, sia col loro contratto, sia durante il matrimonio.

SEZIONE I.

Delle donazioni ordinarie.

XXXIX. La donazione tra vivi non è valida in generale che qualora la sua accettazione sia fatta in termini espressi ed operi uno spossessamento attuale e irrevocabile del donante.

E innanzi tratto, nell'unico scopo di moltiplicare le eventualità di nullità, la legge esige imperiosamente che l'accettazione del donatario sia espressa. Del resto, tosto ch'è espressa formalmente, poco rileva in qual termini sia concepita (art. 932).

Inoltre è mestieri, e sempre a pena di nullità, che v'abbia da parte del donante spogliamento attuale e irrevocabile. Studieremo in prima questo principio fondamentale delle donazioni ordinarie per veder poscia le eccezioni che v'arreca il Codice; ma dopo aver esaminata nella sua natura e ne'suoi effetti un'altra regola, importantissima del pari, la necessità della trascrizione.

XL. A tenore del principio nuovo anteriormente indicato e che sarà svolto nel titolo seguente, la donazione, quando à ad obbietto il trasferimento di dritti reali, l'opera pel solo effetto del consenso e senza che sia d'uopo di tradizione.

Tuttavia questo trasferimento, in quanto spetta i beni suscettivi d'ipoteca, non si attua per effetto del consenso in un modo assoluto. Così si attua per fermo tra il donante e il donatario (ed alcune altre persone, come or ora si vedrà); ma non esiste assolutamente e in faccia di tutti che in forza della trascrizione dell'atto, ossia della sua copiatura integrale su'registri del conservatore delle ipoteche.

Nella formazione del Codice le donazioni trovavansi sottomesse a un tempo ad una specie di registratura richiesta da tre secoli sotto il nome d'insinuazione, e dippiù, come atto trasistivo di proprietà immobiliare, alla trascrizione voluta dalla legge di brumaio anno VII. I compilatori del Codice, notando che dopo la promulgazione di questa legge cadeva in disuso l'insinuazione e sembrava poco utile, la soppressero e dichiararono che la pubblicità delle donazioni sarebbe abbastanza garentita con la trascrizione quale l'organizzava la legge di brumaio. Posteriormente, è vero, nel formarsi il titolo *delle Ipoteche*, fu abrogata la legge di brumaio e si richiese la trascrizione soltanto per la purgazione delle ipoteche: ma quest' abrogazione non concorno punto le donazioni; dacchè la trascrizione si richiedeva per queste come formalità speciale da tener luogo dell' antica insinuazione (art. 939).

La domanda di trascrizione essendo un mero fatto materiale pel quale non occorre veruna capacità, la donna maritata, anche non autorizzata, ed il minore, anche non emancipato, possono benissimo far trascrivere la donazione loro fatta; ma il marito, il tutore, il curatore, gli amministratori di stabilimenti

pubblici son qui pur sempre sottomessi ad una obbligazione del cui inadempimento sarebbero responsabili. La stessa responsabilità gravita sugli ascendenti, i quali, usando della facoltà che loro accorda la legge, abbiano accettata la donazione fatta al loro discendente minore; chè, facendo l'accettazione, sonosi implicitamente obbligati a far eseguire la trascrizione (art. 940).

Questa responsabilità è del resto la sola garenzia dello incapace, e in mancanza di trascrizione non può questi farsi rilevare, ancorchè vi fosse insolvibilità di colui che doveva far trascrivere (art. 942).

Abbiam detto che qui trattasi della trascrizione quale l'organava la legge di brumaio: val dire che possono invocarne la mancanza coloro soltanto i quali, dopo fatta la donazione, ànno acquistato un dritto reale sull'immobile: un compratore, un creditore ipotecario, il concessionario d'una servitù, non già de'creditori chirografari. Tuttavia la reclamazione è interdetta, allorchè le persone che ànno acquistate il dritto reale eran precisamente quelle incaricate di far trascrivere; e i terzi cui queste persone avessero conferito a lor volta un dritto reale sul bene non avrebbero punto maggiori dritti di quelle (art. 941).

Egli è ben evidente che il donatore, il quale poi non à mai potuto ignorare la donazione, e d'altronde è tenuto a riparare verso il donatario l'evizione che gli cagionasse, non può mai invocar la mancanza di trascrizione, nè possonlo tampoco i suoi successori generali, che ànno le stesse obbligazioni di lui. Il nostro dritto antico accordava qui l'azione agli eredi anche del donante; ma il Codice si è ben guardato dal riprodurre questa eccezione a' principî (*ivi*).

La regola, diciamo, è fatta per coloro, ai quali il donante, dopo donato lo immobile, avesse conferito un dritto reale su questo immobile. Ma intanto non comprende già de'nuovi donatari, si tratta soltanto de'terzi che ànno acquistato il dritto reale a titolo oneroso. Vero è che il Codice non lo spiega punto nel parlare delle donazioni semplici, di cui qui ci occupiamo; ma, oltre che fu dichiarato positivamente nella discussione del nostro titolo, la regola risulta ancora da ciò che è detto espressamente dalla legge per la trascrizione delle donazioni contenenti sostituzione. Invano obbietterebbesi che l'antico modo di pubblicità delle sostituzioni, la *pubblicazione*, differiva per la sua natura e per gli effetti dalla *insinuazione* richiesta per le donazioni semplici; e che quindi non si possa conchiudere dalla trascrizione per sostituzione, che tiene luogo della pubblicazione, alla trascrizione per donazione che tien luogo dell'insinuazione; l'obbiezione sarebbe senza forza; chè cosa importa la differenza che v'era un tempo fra l'insinuazione e la pubblicazione, tostochè questi due modi distinti sono stati aboliti e sostituitovi un solo e medesimo modo, la trascrizione (art. 941)?

L'azione adunque per manco di trascrizione non appartiene in diffinitiva se non a quelli che reclamano pel mantenimento d'un dritto reale acquisito a titolo oneroso dopo la donazione, eccettuando da questa regola i successori generali del donante, indi coloro che erano incaricati di far trascrivere e i loro aventi causa.

Ora occupiamoci del principio della irrevocabilità e delle sue eccezioni.

§. 1.

Della irrevocabilità delle donazioni ordinarie.

XLI. Lo spossessamento del donatore devo essere attuale, non già nel senso che il donatario ottenga il godimento immediato della cosa donata (poichè la donazione può benissimo farsi a termine), ma nel senso che la donazione deve almeno conferire immediatamente un dritto certo al donatario e ligare il donante. Bisogna inoltre che lo spossessamento sia irrevocabile: val dire che la donazione sarebbe nulla se fosse fatta in guisa che il donante potesse giungere, direttamente o indirettamente, a renderla senza effetto e a riprendersi, foss'anco per equivalente, ciò che à donato. Tutto ciò non è che la consacrazione dell'antica massima *donner et retenir ne vaut.*

Così, l'atto sarebbe nullo, se il donatore avesse donata la sua successione o la tal quota della sua successione, o la tal somma da prendere su questa successione (e che non fosse dovuta se non qualora la successione presentasse un attivo sufficiente); giacchè in tutti questi casi la donazione non produrrebbe pel donatario un credito attuale, darebbe solo una speranza, che non diverrebbe mai un dritto, se il defunto non lasciasse una successione solvibile. È d'uopo che la donazione conferisca un dritto (sia *in re*, sia *ad rem*) attualmente esistente; e quest'idea intende esprimere il Codice quando dice, dover la donazione avere per obbietto de'beni presenti e che sarebbe nulla se cadesse sopra beni futuri. Per esempio, la donazione avrà ad obbietto un bene presente nel senso del Codice, cioè conferirà un dritto attuale e fin da ora esistente, quando attribuirà al donata-

rio una somma da ricevere, non già se vi sia un attivo sufficiente nella divisione, ma all'apertura della successione. Sarebbe allora non una condizione, ma un termine, il quale non impedirebbe che il credito esistesse attualmente, tanto vero che, quand' anche la successione fosse più tardi insolvibile, il credito dovrebbe pur sempre esser pagato dall' erede del donante, se avesse accettato puramente. E poco monta, tosto che il credito si forma attualmente, che sia o no accompagnato da ipoteca su beni appartenenti di presente al donatore; chè, come disse benissimo la corte suprema, il manco di garenzie è insignificante per l'esistenza del dritto (art. 943).

Sarebbe egualmente nulla la donazione, se fosse fatta sotto una condizione di cui fosse in poter del donante di procurare o di impedire lo adempimento; poichè allora il donante conserverebbe un mezzo da svincolarsi e non sarebbe spogliato irrevocabilmente (art. 944).

Sarebbe nulla ancora, se fosse fatta a condizione che il donatario pagasse i debiti o altre somme che non fossero attualmente determinate, e che potessero quindi essere o divenire uguali al valore dell' oggetto donato. Qui ancora il disponente non dona che riservandosi il mezzo di ridurre a nulla la sua liberalità (art. 945).

Infine sarebbe evidentemente nulla se il disponente avesse donati i beni riservandosi la facoltà di disporne altrimenti più tardi (art. 946).

E notiam bene che in tutt' i casi la donazione è nulla sol perchè àvvi pel donatore possibilità di renderla senza effetto, nè occorre considerare se abbia o no usato di tale possibilità. Così, quand'io vi ò donato il mio podere a carico di pagare i debiti che potessi avere fra due anni, la donazione è nulla e resterà nulla ancorchè allo spirar dei due anni io non avessi alcun debito. Ma non serve dire che, se la donazione è rivocabile solo per parte, questa sola è nulla (ivi).

XLII. — Non sarebbe un donare e ritenere il far la donazione stipulando che sarà risoluta e che i beni ritorneranno al donatore, se egli sopravviva al donatario, o al donatario che muoia senza prole o al donatario e alla sua prole; essendo evidente che questa condizione di sopravvivenza non dipende mica dalla volontà del donatore. Epperò questa stipulazione del dritto di ritorno è formalmente permessa dalla legge. Ma non lo è che a favore del solo donatore e non potrebbe estendersi agli eredi di lui. Questa stipulazione, per altro, benchè non vi si fosse parlato che di *premorienza* o di *sopravvivenza*, senza spiegarsi altrimenti, s'intenderebbe della morte civile come della morte naturale, dacchè la prima apre la successione e fa passar i beni agli eredi come la seconda . . . . Attuaro il ritorno per la sopravvivenza puramente naturale del donatore, colpir di morte civile vivente il donatario, sarebbe un attribuire il beneficio di questo ritorno, non al donante, ma a' suoi eredi; or testè abbiam veduto che la legge punto nol permette. Reciprocamente, non ammettere il ritorno, in caso di morte civile del donatario o de' suoi discendenti sarebbe, un far passare i beni, per effetto di questa morte civile e malgrado l'esistenza del donante, a coloro cui questi avea inteso preferirsi (art. 851).

Se la clausola di ritorno fosse stipulata non più pel solo donante, ma per lui e pei suoi eredi, sarebbe, come contraria alla disposizione della legge, reputata non scritta, come si è veduto di sopra (n° 36). Ma bisogna guardarsi dal dire che presenterebbe allora una sostituzione e quindi porterebbe la nullità della donazione medesima.

La sostituzione, come si vedrà al cap. IV, è una liberalità fatta in favore d' un donatario in secondo ordine, nel cui interesse il donatario principale è tenuto conservare il bene fino alla sua morte per trasmetterglielo morendo. Or qui non come donatari sarebbon chiamati gli eredi, ma come eredi del donante, come esercenti dopo di lui i dritti che aveva egli stesso. Non che la clausola di ritorno così estesa dal donante a'suoi eredi venga a contrariare, come fa la sostituzione, l'ordine legale delle successioni; fa anzi cessare il perturbamento che vi arreca la donazione. Non vi sarebbe sostituzione, come à ben riconosciuto la Corte suprema, che se, sotto il falso nome di dritto di ritorno, la trasmissione dei beni fosse stipulata dal donatario o da' suoi figli od estranei, o anche se il fosse per gli eredi del donante senza esserlo per esso il donante. Allora infatti più non sarebbe un *ritorno* de' beni al patrimonio del donante, da cui eran usciti, sarebbe davvero una donazione fatta in second' ordine nella donazione principale, una vera sostituzione.

Quando il dritto di ritorno viene ad attuarsi, trovandosi la donazione risoluta e presumendosi non aver mai il donatario avuta la proprietà, ne segue che tutte le alienazioni e concessioni di dritti reali ch'egli avesse potuto fare svaniscono all' istante. Il Codice tuttavia si discosta da questo principio in un caso particolare. Allorchè la donazione è stata fatta nel contratto di matrimonio del donatario, la legge, per l' intenzione che presume nel donante, permette alla moglie del donatario di far valere la sua ipoteca legale sugli immobili donati, ma soltanto per la sua dote e convenzioni nuziali, e soltanto pure quando gli altri immobili del merito non bastino (art. 922).

XLIII. — Dal proibire che fa la legge, come un ostacolo all'irrevocabilità della donazione, le condizioni dipendenti dalla volontà del donante è chiaro non potersene indurre arbitrariamente il divieto della tale o tal altra classe di condizioni (art. 951, n° V).

Sicchè, sebbene l'antica donazione a causa di morte sia rigettata dal Codice (il quale non ammette altro modo di disposizione a titolo gratuito, salvo la donazione tra vivi e il testamento), non bisogna conchiuderne che non si potesse donare sotto la condizione che già formava un de' caratteri di questa donazione a causa di morte: intendiamo la condizione che facesse risolvere la donazione per la sopravvivenza del donante al tal pericolo o al tale avvenimento.

Infatti dal non più ammettersi la donazione a causa di morte, ciò che è da conchiuderne si è che bisognerebbe dichiarar nulla la donazione che veramedte ne riproducesse i caratteri. Or questa donazione non avea punto per carattere unico d'esser fatta sotto la condizione testè indicata; era quella che, fatta sotto tal condizione, era dippiù 2° rivocabile a capriccio del disponente e 3° rivocata di pieno dritto con la premorienza del donatario. Onde non è dubbio che la donazione, la quale offrisse questi tre caratteri, sarebbe affatto nulla (secondo donazione ordinaria, beninteso, chè di questa trattasi nella nostra sezione). Ma, quando la donazione presenterà un solo di questi tre caratteri, non si può più dire che sia l'antica donazione a causa di morte.

Ben è vero che un tempo l'apposizione del primo carattere facea riguardar gli altri due come sottintesi; ma non può esser lo stesso ai dì d'oggi. Quando la donazione a causa di morte era permessa, era naturale presumere mediante il suo precipuo carattere che essa avea inteso fare il donante (a cui la era favorevolissima). Ma oggi che la è nulla, è patente che questa presunzione non è più possibile; chè delle cause di nullità punto non si presumono. La donazione fatta sotto questa condizione risolutiva rimarrà dunque donazione fra vivi, irrevocabile fuori dell'avveramento della condizione; appunto questa irrevocabilità e non mica la nullità della donazione bisogna conchiudere dall'abolizione della donazione a causa di morte.

§ 2.

Eccezione al principio dell'irrevocabilità.

XLIV. — Oltre alle condizioni risolutive, a cui il disponente può sommettere la sua donazione, e delle quali abbiam favellato nel § precedente, la legge stessa stabilisce, all'infuori d'ogni stipulazione, tre cause di rivocazione, di cui qui abbiamo ad occuparci; ciò sono: 1° l'inadempimento de' pesi imposti alla donazione; 2° l'ingratitudine del donatario; 3° la sopravvenienza de' figli al donante (art. 953).

E in prima, la donazione a cui sono imposti degli oneri è fatta di pieno dritto sotto la condizione che questi oneri saranno adempiuti dal donatario, in guisa che il loro inadempimento permette di far risolvere la donazione e i dritti reali che il donatario avesse potuto consentire. Del resto, essendosi il donatario obbligato all'adempimento de' pesi, ne segue che il donante è libero o di far pronunziare la rivocazione o d'esigere l'esecuzione. Essendo qui l'azione meramente pecuniaria, apparterrebbe non solo agli eredi del donante, sì ancora ai suoi creditori. La si può esercitare per trent'anni, o che tenda all'esecuzione o che vi si domandi la rivocazione. (art. 954, 957, 1304).

XLV. — La donazione può esser rivocata per ingratitudine del donatario, se questi attenti alla vita del donante, se si faccia reo verso di lui di delitti, d'ingiurie o di sevizie giudicate gravi; infine se gli ricusi degli alimenti, quando egli sia nel bisogno, cioè che non abbia nè beni sufficienti nè parenti o affini legalmente obbligati di soccorrerlo e in istato di poterlo fare. Qui, come nel caso precedente, è d'uopo che il donante faccia pronunziar la rivocazione dal giudice; ma l'azione non dura che un anno dal dì in cui il donatore à potuto conoscere il fatto d'ingratitudine e s'estinguerebbe eziandio col perdono del donante (art. 956, 957).

La rivocazione qui non può domandarsi che contro il donatario e non può domandarla che il donante: non potrebbe esser domandata nè contro gli eredi del donatario nè dagli eredi del donante. Senonchè la leggo fa eccezione a questa seconda parte della regola, permettendo agli eredi del donante di continuar l'azione da essolui intentata o anche d'intentarla, quando egli sia morto innanzi il lasso d'un anno. Val dire che eglino àn soltanto l'azione quale il defunto la trasmette loro; cotalchè non potrebbero mai intentarla in nome proprio per un'ingiuria fatta alla memoria del donatore defunto. In quanto alla prima parte della regola, la legge non v'ammette veruna eccezione; la revocazione per ingratitudine, essendo una vera pena, non può mai esser pronunziata che contro il colpevole medesimo (ivi).

Per la stessa ragione che la rivocazione è qui una pena e che il solo donante dee soffrirne, la legge, malgrado la risoluzione, mantiene tutt' i dritti che esso donante à potuto conferire a terzi su' beni donati. E, comechè

in principio ogni sentenza aver debba un effetto retroattivo al dì della domanda, la legge non accorda qui questo effetto retroattivo che a contar dal giorno in cui tal domanda è stata resa pubblica con un'iscrizione fatta in margine della trascrizione della donazione, o nel corpo stesso dei registro del conservatore, se la detta iscrizione non si fosse fatta altrimenti (art 958).

Quando i beni sono stati alienati prima di questa iscrizione, il donatario dovrà il valore che i detti beni avrebbero il dì della domanda, se non fossero stati donati; e, se, avendo i beni nelle mani, egli li à gravati di dritti reali o à loro fatte subire delle deteriorazioni, ne dovrà indennità. Deve egualmente i frutti a far tempo da questa stessa domanda (*ivi*).

La legge eccettua dalla rivocazione per ingratitudine le donazioni fatte *in favore del matrimonio*. Or queste sono le donazioni che nel contratto di matrimonio de' terzi facciano a' futuri coniugi; non quelle che faccianvisi tra loro gli stessi sposi. La donazione fatta a uno sposo da un terzo giova eziandio all'altro sposo ed a' figli nascituri; chè, mettendo un bene dippiù nella casa, è veramente fatta a prò di tutta la famiglia e *in favor del matrimonio*; all'opposto quella d'un coniuge all'altro non è utile nè a colui che la fa nè a' figli, ed è un favore tutto personale a colui che lo riceve. Perciò il Codice, dopo trattato delle donazioni *in favor del matrimonio*, ossia fatte da terzi a' coniugi, in un capitolo particolare, non s'occupa di quelle che fannosi i coniugi, anche per contratto di matrimonio che in un altro capitolo e sotto il nome speciale di donazioni *fra coniugi*.

La ragione a la morale, difatti, domandavano che queste donazioni de' coniugi fra loro restassero rivocabili per ingratitudine; chè, se è giusto di non rivocare per la colpa del donatario la donazione che giova al suo coniuge ed a' figli (poichè si punirebbono questi d'una colpa non loro), sarebbe assurdo e immorale di concedere lo stesso privilegio al coniuge che à ricevuto dal suo consorte e che è, per la sola qualità di coniuge del donatario, molto più reo d'ogni altro donatario (art 959).

XLVI. — La terza ed ultima causa di rivocazione indicata dalla legge è la sopravvenienza d'un figlio o discendente legittimo al donante, che non ne aveva al momento della donazione (art. 960).

Primamente, la rivocazione à luogo quando il disponente à donato in un momento in cui non aveva discendenti *legittimi*. Vero è che il Codice non precisa quest'ultima qualità e parla solo di figli o discendenti; ma oltre che, ponendo così a livello i figli e gli altri discendenti, già la legge manifesta l'idea che noi le diamo (poichè non vi sono per essa discendenti naturali), fu dichiarato nel consiglio di Stato che si adottava il dritto stabilito dall'ordinanza del 1731: ora fu sempre inteso nell'antica giurisprudenza che l'esistenza d'uno spurio riconosciuto non impediva punto la rivocazione. Invano si argomenterebbe dal fatto che il Codice, mutando l'ordinanza su questo punto, mantiene la donazione fatta da chi à un figlio naturale, non ostante la legittimazione posteriore di questo figlio. Perocchè innanzi tratto, se l'esistenza dello spurio alla data della donazione impedisce la rivocazione a suo favore, certo non ne segue che debba impedirla per la nascita di figli legittimi o per la legittimazione di figli naturali nati dopo la donazione. Ma àvvi dippiù: il cambiamento non è stato fatto che per asseguir lo scopo tutto morale additato già dal Dumoulin; ora il Dumoulin, pur reclamando siffatta restrizione al principio, non lasciava d'insegnare che in regola generale la presenza d'uno spurio non impedirebbe la rivocazione.—Se la presenza dello spurio non conta qui punto, non conta tampoco quella del figlio morto civilmente, poichè questo figlio legalmente non esiste più e il padre non può più averlo per erede. — Altrimenti sta la cosa pel figlio adottivo; giacchè l'adozione è una finzione che tra lo adottante e lo adottato costituisce una procreazione di figlio legittimo, e conferisce all'adottato tutt'i dritti ammessi alla qualità di figlio del matrimonio. Onde, a quella guisa che l'adozione fa nascere il dritto di riduzione delle donazioni anteriori, così opererà rivocazione di quelle che l'adottante avesse fatto quando non avea figli: e tanto meno la presenza di uno adottato al momento che si fa una donazione permette di rivocar poi questa liberalità come stata fatta da un donante senza figli. — Circa a' figli assenti, il sol mezzo di non gittarsi nello arbitrio si è d'eliminare la supposizione e le congetture che ciascuno potrebbe immaginare, per attenersi a quelle che il Codice à erette a principî legali. Così, fintanto che non vi sarà stata dichiarazione d'assenza, il figlio sarà reputato vivente; una volta intervenuta la dichiarazione d'assenza, si presumerà che abbia cessato di vivere al momento della sua sparizione o delle ultime sue nuove; ma quando si perverrà ad una certezza qualunque, si metterà nel nulla ciò che era stato fatto sopra semplici supposizioni per ristabilir le cose secondo i fatti conosciuti (*ivi*).

Ad ogni modo, non basterebbe, per ren-

dere irrevocabile la donazione, che un figlio o discendente legittimo del donante fosse concepito al momento che si fa la donazione; fa d' uopo che sia nato attualmente; la legge lo dichiara in modo formale (art. 961).

La causa di rivocazione che qui studiamo non si applica punto alle donazioni ordinarie, si estende a quelle in favor di matrimonio, ossia fatte in un contratto di matrimonio a favore de' coniugi o di uno di essi da terzi. Ma non colpisce le donazioni fatte tra coniugi, sia durante il matrimonio, sia nel contratto di matrimonio. Differisce dunque doppiamente in questo dalla rivocazione per ingratitudine del donatario, che colpisce le donazioni che i coniugi si fanno nel loro contratto, e non quelle che lor fanno de' terzi. — Le donazioni ordinarie o in favore del matrimonio sono sottomesse alla rivocazione quando anche son mutue o rimuneratorie; soltanto, se i servigi che la donazione dovea ricompensare fossero valutabili in danaro, il donatario avrebbe dritto ad un' indennità. In quanto alla mutua donazione, cioè fatta per reciprocanza di un' altra, la sua rivocazione, checchè siasene detto, non porterebbe la nullità della donazione reciproca; giacchè la donazione di un bene non può aver per causa nel donante il conseguimento del bene ch' egli riceve a sua volta; la donazione à per causa unica il desiderio di conferire un benefizio. Che se i giudici riconoscessero in fatto che le due donazioni sono state fatte l' una a causa dell' altra, non vi sarebbero più due donazioni, ma un sol contratto a titolo oneroso, una permuta, di cui le due parti dovrebbero mantenersi (art. 960).

Vediamo ora per quali circostanze si opera la rivocazione.

Essa risulta in prima dalla nascita di un figlio o discendente legittimo, ossia concepito in legittimo matrimonio, purchè nasca vitale. Ma risulterebbe egualmente dalla nascita di un figlio concepito in un matrimonio putativo? L' affermativa non è dubbia quando la buona fede che costituisce il matrimonio putativo vi è stata in quello dei coniugi che à fatta la donazione; ma non è così quando la buona fede sia stata solo nell' altro; allora in fatti la finzione di legittimità esiste pur sempre pel figlio, che può quindi dire essere figlio legittimo ed aver l' autore di mala fede per autore legittimo; ma questa finzione non sussiste per l' autore, il quale dal canto suo non può dire d' esser padre legittimo, nè d' avere un figlio legittimo. Da un' altra banda la rivocazione, benchè stabilita in considerazione del figlio, al donante però è accordata, e quindi non è possibile che quando questo donante sia in grado di dire essergli sopravvenuto un figlio legittimo; or egli non può qui dirlo, non esistendo per lui la finzione d' una filiazione legittima. — Risulta ancora la rivocazione dalla legittimazione d' un figlio naturale, purchè, come già si è veduto, questo figlio non fosse nato alla data della donazione. — Si è veduto di sopra che la donazione sarebbe egualmente rivocata mercè un' adozione. — Lo sarebbe ancora con la rientrata nella vita civile d' un figlio morto civilmente all' epoca della donazione; giacchè siccome il donante era senza figlio legittimo quando donò ed à un figlio legittimo oggi, non si può negare che gli è sopravvenuto un figlio legittimo; infine, circa al ritorno del figlio unico durante l' assenza del quale si è fatta la donazione, esso prova che il figlio non era morto; sicchè la donazione non è stata fatta senza figlio vivente, e pertanto non può esser rivocata (art. 960).

In questo caso di sopravvenienza di figlio, e diversamente da ciò che à luogo nel caso d' inesecuzione o d' ingratitudine, la rivocazione della donazione à luogo di pieno dritto, *ipso facto* e senza che accada farla pronunziar dal giudice. E poichè questa donazione si trova così, non annullabile, ma immediatamente nulla e messa nel niente, non può dunque esser validata posteriormente, sia con una ratificazione espressa, sia con una rinunzia all' azion di reclamo, sia col silenzio serbato per un tempo più o men lungo: il disponente potrebbe solo far una nuova donazione del bene (art. 964). E se il donante non può, dopo compinta la rivocazione, rinunziare utilmente all' azion di ripresa, non può neppure rinunziar per innanzi alla rivocazione: la più espressa dichiarazione a tal riguardo sarebbe insignificante. Sicchè, quand' anche il disponente, facendo la sua donazione nel contratto di matrimonio del donatario, si fosse costituito garante dell'esecuzione di questo contratto, e avesse dichiarato che intende lasciar il bene sottomesso all' ipoteca legale della moglie, non ostante il caso di rivocazione, questa rivocazione farebbe pur sempre sparire l' ipoteca (art. 963 e 965). — Ma, se il silenzio del donante e de'suoi rappresentanti, per lungo che sia, non può mai validare la donazione, potrebbe condurre il donatario all' acquisto del bene mediante la prescrizione. La prescrizione tuttavia à ciò di particolare in questo caso, che in cambio di correre dal giorno in cui l' avente dritto à potuto agire, ossia dal giorno stesso della rivocazione, non corre che dal giorno della nascita dell' ultimo figlio del donante, e che, in cambio di avverarsi con dieci o vent' anni a prò de' terzi acquirenti, non s' avvera per essi, come pel donatario medesimo, che

con trent' anni. — I frutti non son dovuti dal possessore a contare dalla regolare notificazione fattagli della nascita o della legittimazione del figlio (art. 966).

SEZIONE II.

Delle donazioni fatte in favor del matrimonio.

XLVII. — Si sa che per donazioni in favor di matrimonio bisogna intender quelle fatte in un contratto a' futuri coniugi da altri.

La donazione per contratto di matrimonio può farsi non pure come donazione ordinaria di beni presenti, ma altresì, — 2° come donazione di beni futuri, ossia che abbia per oggetto i beni considerati in quanto esisteranno alla morte del disponente; — 3° come donazione cumulativa de' beni presenti e futuri ; — 4° come donazione di beni presenti fatta senz' applicazione della regola *donner et retenir ne vaut*, cioè sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante.

1.° *Donazione di beni presenti.* — Pur quando è fatta come semplice donazione ordinaria, la donazione per contratto di matrimonio a' futuri coniugi da parte di terzi trovasi sottratta a tre delle regole esposte nella sezione precedente : 1.° non à uopo d' esser accettata in termini formali (art. 1087); 2° è sempre sottomessa alla tacita condizione che il matrimonio seguirà (art. 1088); 3° non è rivocabile per l' ingratitudine del donatario (art. 959). Queste tre eccezioni al dritto comune esistono anche, come ben si concepisce, per le altre donazioni di cui ci resta a parlare in questa sezione (*ivi*).

Pel dippiù la nostra donazione segue tutte le regole ordinarie. Così per esempio non potrebbe indirizzarsi a persone non ancor concepite, e non potrebbe quindi esser fatta pe' figli nascituri dal futuro matrimonio, salvo, beninteso, i casi in cui la facoltà di disporre (in second' ordine), per persone non concepite peranco, esiste in ogni liberalità, come vedremo spiegando la materia delle sostituzioni.

2° *Donazione di beni futuri.* — Qualunque persona, purchè capace di donare, può nel contratto nuziale di due futuri coniugi donare ad uno o ad entrambi sia la totalità sia una parte aliquota, sia il tale o tal bene determinato del patrimonio che lascerà in morendo (art. 1082).

Questa donazione di beni futuri così fatta ad uno de' futuri coniugi o ad entrambi può eziandio, ma solo nel caso che il donatario premorisse al donante, esser estesa a' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, i quali così trovansi donatari in secondo ordine sotto la condizione della premorienza de' donatari principali.

Anzi questa chiamata sussidiaria de' figli e de' discendenti si presume di pieno dritto nel silenzio del donante. Ma, se questi espressamente dichiarasse di non donare che agli sposi ed escludere i figli, la presunzione non sarebbe più possibile; con ragione si disse innanzi al Corpo legislativo, la presunzione legale non applicarsi che « ne' casi in cui i donanti non àn preveduta la loro sopravvivenza. » Del resto, questa chiamata, sia formale, sia presunta, de' figli non concepiti, essendo un' eccezione al dritto comune e non essendo qui permessa o stabilita che per la sopravvivenza del donante al donatario principale, non potrebbe dunque applicarsi ad altro caso e per esempio alla rinunzia che il donatario sopravvivente al donante facesse alla donazione (art. 1082). — Il Codice, del resto, chiamando qui, in mancanza de' genitori, i figli e altri discendenti, come se si trattasse d' una successione, intende evidentemente applicar a questo caso delle regole analoghe a quelle delle successioni, massime in quanto concerne la rappresentazione.

La donazione così fatta di beni che si lasceran morendo toglie al donante la facoltà di disporre ulteriormente a titolo gratuito, eccetto per valori modici, de' beni compresi nella liberalità. Ma conserva però il dritto di disporne a suo talento a titolo oneroso ; e non potrebbe (se la sua liberalità è davvero donazione di beni futuri e non di beni presenti e futuri) interdire a sè medesimo con una clausola formale la facoltà d' alienare o d' ipotecare in tutto o in parte i suoi beni. Questa convenzione, difatti, trovandosi così uscir dalle regole eccezionali che qui spieghiamo, cadrebbe sotto il principio generale che vieta ogni stipulazione sulla successione di persone ancor viventi (art. 1033).

Questa donazione di beni futuri è quella che portava già e che ancora riceve spesso nell' uso il nome d' *istituzione contrattuale* ; ma questo nome, che ben le si affaceva un tempo (poichè era veramente una *istituzione* d' erede fatta per *contratto*), è poco esatto oggi, che non si fan più eredi nè per contratto nè per testamento. Da questo principio, che i donatari di beni futuri non sono eredi, ma semplici donatari, segue che, pur nel caso fossero chiamati all' universalità del patrimonio, non sarebbero tenuti pei debiti del donatore defunto che sino a concorrenza de' beni e non mai *ultra vires* (articolo 1082).

Oltre alle tre eccezioni comuni a tutte le donazioni della nostra sezione (dispensa d' ac-

cettazione espressa; condizione tacita del matrimonio, dispensa della rivocazione per ingratitudine) e a quella che consiste nella chiamata de' discendenti nascituri dal matrimonio, la donazione di beni futuri ne presenta ancor due altre; 5° non à mestieri d'esser trascritta; 6° divien caduca per la sopravvivenza del donante al donatario o a' donatari.

3° *Donazione cumulativa di beni presenti e futuri.* — Qui non si tratta, come talora fu detto, d'una riunione di due donazioni, l'una di beni presenti, l'altra di beni futuri; ma d'un'unica donazione che à per obbietto insiememente e i beni attuali considerati come beni presenti e tutti i beni in quanto esisteranno alla morte del disponente, la quale al momento di questa morte s'applicherà diffinitivamente, sia agli uni, sia agli altri, giusta la scelta che farà il donatario. In breve è una donazione di beni futuri che contiene la facoltà pel donatario di trasformarla alla morte del donante in una donazione ordinaria de' beni che esistevano il dì del contratto (art. 1084, 1085).

È una donazione di beni futuri, e pertanto può estendersi, o s'estende anzi di pieno dritto nel silenzio del donante, a' figli nascituri dal matrimonio. Per conseguenza ancora se il donatario l'accetti come tale alla morte del donante, è tenuto di rispettare le alienazioni fatte a titolo oneroso e quelle a titolo gratuito fatte per modici valori. — Se per contra il donatario, alla morte del donante, dichiari attenersi a' beni che esistevano al momento della donazione, la disposizione diviene donazione ordinaria e il donatario può levarsi contro le alienazioni fatte, anche a titolo oneroso, de' beni che esistevano al tempo del contratto; purchè, beninteso, abbia avuto cura di far trascrivere, giacchè una liberalità non è opponibile al terzo come donazione ordinaria che mercè la trascrizione. Fa d'uopo inoltre siasi inserito nell'atto o annessovi uno stato de' debiti onde il donante era gravato al momento della donazione, affinchè il donatario non prenda i beni esistenti alla data di questa donazione che pagando i debiti che li gravavano. La legge dichiara che, mancando questo stato, la disposizione rimarrà donazione di beni futuri e dovrà essere accettata o ripudiata pel tutto. — Egli è evidente, del resto, che in niun caso non potrebbe il donatario pretendersi investito dei beni presenti fin dal giorno della donazione, poichè, se la disposizione contiene virtualmente una donazione di beni presenti, gli è sotto una condizione sospensiva, la quale non può avverarsi prima della morte del donante (*ivi*).

La donazione di beni presenti e futuri, salvo quello abbiam detto per la trascrizione, presenta le sei eccezioni al dritto comune che abbiamo indicate per la donazione semplice di beni futuri (*ivi*).

4.° *Donazione fatta sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante.* — La donazione per contratto nuziale, pur quando à per obbietto i beni presenti, non sottostà alla regola *donner et retenir ne vaut*, e può farsi sotto qualsivoglia condizione, sia sospensiva sia risolutiva, dipendente dalla volontà del donante. Così per esempio, se questa donazione è fatta sotto la condizione di pagare i debiti, che il donante potrà lasciare in morendo; o di soddisfare a'tali altri pesi ch'egli è in piena libertà di creare o d'aumentare; la donazione sarà del pari valida e il donatario ne avrà il benefizio, se consenta a soddisfare a' debiti o pesi. Egualmente, se il donatore, spogliandosi attualmente, si à riservata la facoltà di disporre ulteriormente di tutti o di parte dei beni donati o d'una somma da prendersi su questi beni, la donazione varrà, e i beni, pe' quali il donante non avrà usato del suo dritto di disposizione, rimarranno, sia al donatario, se il donante gli è premorto, sia al suoi eredi nel caso opposto (art. 1086).

Quando la condizione potestativa pel donante, alla quale è stata sottomessa la donazione di beni presenti, è una condizione sospensiva, sicchè la donazione si trova incerta e conferisce al donatario una semplice speranza fino alla morte del donante, allora, siccome la disposizione s'approssima per questo lato alla donazione di beni futuri, la legge permette, anzi presume, come in questa, la chiamata sussidiaria del discendente nascituro dal matrimonio, e per lo stesso motivo la donazione è dichiarata caduca se il donatario e la sua prole nata dal matrimonio muoia prima del donante. Sarebbe altrimenti, beninteso, se la condizione che sospendeva l'effetto della donazione si fosse avverata già prima della morte del donatario; poichè questi allora sarebbe stato investito del dritto o avrebbe veduto diventare la sua donazione pura e semplice innanzi di morire. — Che se la donazione dipendente dalla volontà del donante sia una condizione risolutiva, di guisa che la donazione sia stata fatta puramente, ma per risolversi coll'avveramento della condizione, è chiaro che la premorienza del donatario non darà luogo nè alla caducità della donazione, poichè il donatario sarà stato investito immediate, nè quindi alla chiamata de' figli nati dal matrimonio como donatari in second' ordine, poichè, essendo il loro autore morto investito del dritto, non è il caso per loro di reclamar i beni como donatari, e solo posson prenderli come eredi (*ivi*).

La donazione così fatta per derogazione alla regola *donner et retenir ne vaut*, essendo pur sempre una donazione tra vivi di beni presenti, resta sottomessa alla necessità della trascrizione (*ivi*).

SEZIONE III.

Donazioni fra coniugi.

XLVII. — Le donazioni fatte da due coniugi l'uno all'altro seguono regole diverse, secondo che si facciano nel contratto di matrimonio o nel corso del matrimonio.

Donazione fra coniugi col contratto di matrimonio. — I futuri coniugi posson farsi nel loro contratto le quattro specie di donazione, di cui abbiam favellato nella precedente sezione (art. 1091); e queste donazioni seguono in tutto le medesime regole, tranne le tre modificazioni seguenti:

1.° Sono sempre, come si è veduto al n.° XLV, rivocabili per l'ingratitudine del donatario;

2.° Non sono rivocabili, al contrario, per la sopravvenienza di figli.

3.° Laddove la più parte delle donazioni anzidette (quella di beni futuri, quella di beni presenti e futuri, quella di beni presenti fatta sotto condizioni sospensive dipendenti dalla volontà del donante) s'estendono di pieno dritto a' figli nascituri in caso di premorienza del donatario, queste non s'estendono ad essi, nè possono estendervisi, cioè non possono esser fatte in loro favore, neppur mediante espressa dichiarazione, le renderà sempre caduche la premorienza del donatario (art. 1092).

Del resto, il minore capace di contrar matrimonio è appunto perciò dichiarato capace di fare al suo futuro coninge tutte le donazioni che crederà: solo debb'essere assistito da coloro il cui consenso è necessario al suo matrimonio (art. 1095).

Donazioni fra coniugi durante il matrimonio. — Queste donazioni, a causa dell'estrema influenza de' coniugi l'un sull'altro, sono dalla legge dichiarate rivocabili ad arbitrio del disponente, malgrado ogni clausola contraria, e può farne la rivocazione la moglie senza bisogno d'autorizzazione (art. 1096). Ma, benchè sotto questo rispetto s'accostino a' testamenti, non lascian d'essere donazioni fra vivi e restan quindi sottomesse a tutte le regole generali cui non le sottragga un testo speciale. Così per esempio si richiede per queste donazioni l'accettazione in termini espressi; non possono esser fatte da un minore anche di più di sedici anni (sebbene questo minore possa testare); non son riducibili che dopo i legati ec. (*ivi*).

— La legge non si spiega su' modi di rivocazione di questa donazione; ma, non potendo una donazione esser mai più facilmente rivocabile del testamento medesimo, è naturale riconoscere che i modi di rivocazione che più tardi indicheremo pel testamento sono i soli che possansi ammettere per la donazione di cui si tratta.

Queste donazioni, come quelle che fannosi col contratto di matrimonio, possono essere di beni futuri o di beni presenti e futuri, o fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante; ma non possono mai estendersi a' figli che non fossero concepiti peranco e restan sottomesse al principio che non si può donare fuorchè alle persone attualmente esistenti (*ivi*).

Pur quando è di beni presenti, la donazione fatta tra coniugi durante il matrimonio dee dichiararsi caduca per la premorienza del donatario, sebbene la legge punto non lo spieghi; perocchè così era un tempo; e il Codice, che à cura di fare una disposizione espressa per rigettare questa caducità nel caso in cui il coniuge à donato per contratto di matrimonio e quindi il matrimonio è irrevocabile, non avrebbe omesso, se avesse inteso rigettarla egualmente qui, di spiegarlo positivamente; chè sarebbe stato indispensabile; onde il silenzio della legge è soprammodo significativo (*ivi*).

Appunto perchè la donazione di cui si tratta è sempre rivocabile ad arbitrio del disponente, la legge dichiara che non è mica rivocata per la sopravvenienza di figli (*ivi*).

Un'ultima osservazione è da far qui, ed è che due coniugi non posson farsi durante il matrimonio una mutua donazione in uno stesso atto; e ciò per la ragione che sarà indicata (n.° 4) pe' testamenti (art. 1097).

CAPITOLO III.

DE' TESTAMENTI.

XLIX. — Il testamento è un atto essenzialmente rivocabile nel quale una persona dispone pel momento della sua morte di tutti o parte de' beni che allora lascerà, di guisa che quest'atto, vivente il testatore, altro non è che il progetto d'una disposizione che si perfeziona soltanto alla morte (art. 895).

Qualunque sia la natura e l'estensione dei dritti attribuiti con un testamento, quest'atto oggi, contrariamente a ciò che avea luogo a Roma e negli antichi nostri paesi di gius scritto, non può sempre fare che de' legati: sotto il Codice non vi è più erede testamentario come non evvi erede contrattuale, la volontà dell'uomo non può far che donatari o legatari. Ma, proclamando questo principio, il Codice non riproduce la severità di certe consuetudini, le

quali annullavano i testamenti fatti sotto a'termini d' *istituzione d' erede*; oggidì la disposizione varrebbe tuttavia come legato, quali che fossero i termini adoperati dal testatore (art. 1002).

In questo capitolo dobbiamo trattare: 1.° della forma de' testamenti; 2.° delle varie specie di legati e de' loro effetti; 3.° della rivocazione de' legati e delle loro caducità; 4.° degli esecutori testamentari.

SEZIONE I.

Della forma de'testamenti.

L. — Le regole sulla forma de'testamenti variano secondo che si tratta de' testamenti ordinari o di quelli permessi eccezionalmente in talune particolari congiunture. Ma àvvi ciò di comune a tutti i casi, che le diverse regole che saranno indicate sono sempre richieste a pena di nullità (art. 1001).

Un'altra regola che del pari s'applica a tutti i casi e che emana dalla rivocabilità essenziale al testamento, è che più persone mai non possono testare con uno stesso atto. Le disposizioni fatte da più persone in uno stesso atto, essendolo generalmente in veduta l'una dell' altra e per effetto d' una convenzione, almen tacita, fra'disponenti, sarebbe stato un autorizzar la violazione della fede promessa il permettere ad uno di questi disponenti di rivocare a insaputa degli altri, e da un'altra banda sarebbe stato un disconoscere la natura del testamento l'imporre una condizione qualsiasi alla rivocazione (art. 968).

§ 1.°

Regole de'testamenti ordinari.

LI. — La legge ammette tre specie di testamenti: il testamento olografo, il testamento pubblico ed il mistico.

Testamento olografo. — È quello che il testatore fa da sè solo e senza intervento di testimoni nè d' uffiziale pubblico. Tre condizioni sono necessarie per la sua validità.

Primamente dev'essere scritto tutto quanto di mano del testatore; e una parola sola messavi di mano estranea ne produrrebbe la nullità, purchè, beninteso, cotal parola facesse davvero parte del testamento. — Conviene inoltre che sia datato di mano del testatore; e per *data* bisogna intendere l'indicazione dell' anno, del mese e del giorno in cui è fatto l' atto, chè così voleva l' antico nostro dritto e così s' intende in ogni materia la data degli atti. Sarebbe dunque un allontanarsi dal pensiero evidente della legge e gittarsi nell' arbitrio l'esigere l'indicazione dell'ora o il contentarsi di quella del mese: egli è aperto che una data incompinta o inesatta non basterebbe. Ma il testamento dovrebbe essere mantenuto, se la data potesse venire completata o rettificata con circostanze tratte dall' atto medesimo; giacchè allora sarebbe difatti il testamento che procurerebbe la sua data. Del resto, il posto che la data occuperà nel testamento è indifferente, purchè essa data al testamento tutto intero si applichi: se fosse riconosciuto in fatto che la data s'applichi a una parte soltanto, la parte non datata sarebbe nulla. — Il testamento deve infine esser firmato. E, siccome la firma di una persona, *signum*, altro non è che il mezzo da lei adottato d'esprimere in piè degli atti la sua identità, bisogna accettare come valida firma il modo, qualunque si sia, che la persona era solita d'usare pe'suoi atti civili (art. 970).

Niun' altra condizione si esige pel testamento olografo e per conseguenza può esso farsi con una lettera come in ogni altra forma. Solo è da esaminare in fatto se l'autore della lettera non abbia voluto semplicemente annunziare un testamento che fa o che si propone di fare, o se abbia veramente inteso che la sua lettera costituisca proprio il testamento.

LII. — *Testamento pubblico.* — Deve esser ricevuto da due notai, presenti due testimoni, o da un notaio, presenti quattro testimoni (art. 791).

Dev'esser dettato dal testatore. Il notaio o un de' notai di persona dee scriverlo sotto la dettatura di lui, senza permettersi di togliere o aggiungere chechessia, salvo, beninteso, le modificazioni che domandassero nella scelta o nella disposizione de' termini le regole o le convenienze del linguaggio. Quando l' atto è scritto, dee darsene lettura al testatore, presenti i testimoni, onde sia certo per tutti aver il notaio fedelmente riprodotto il pensiero del testatore. Il notaio dee menzionare l'adempimento di queste formalità per guisa che la lettura dell'atto non lasci verun dubbio su tale adempimento: se il contesto d'un testamento pubblico lasciasse del dubbi sull'adempimento di alcune delle forme indicate, il testamento sarebbe per questa sola ragione nullo, comunque fosse provata altronde l'osservanza delle formalità (art. 972).

L'atto dev'esser firmato dal testatore, se può firmare, e il manco di firma in questo caso sempre impedirebbe che l' atto esistesse; ma la menzione di questa firma, non richiesta prima del Codice, non lo è tampoco dal Codice. Se il testatore non può firmare

il notaio deo menzionare e la dichiarazione del testatore a tal riguardo e la causa che gli à impedito di firmare. Egli è evidente, per altro, che, quando il notaio menziona aver il testatore dichiarato *che non sopea firmare*, la causa dell' impedimento è così indicata (art. 973).

Tutti i testimoni debbono firmare, tranne se l'atto sia ricevuto in un comune che non sia città e che non presenti una popolazione abbastanza considerevole o agglomerata da trovarvisi di leggieri molte persone che sappian firmare: nel qual caso il Codice si contenta della firma della metà de' testimoni (art. 914).

Sono incapaci d' esser testimoni nel testamento pubblico: 1° i legatari; 2° i parenti e affini di costoro fino al quarto grado inclusive, e quindi il coniuge, che è realmente il primo affine; 3° i giovani del notaio o de' notai. Bisogna, del resto, che i testimoni (e ciò si richiede anche pel testamento mistico) sieno Francesi, maschi, maggiori e godenti i dritti civili. È evidente inoltre non potersi prendere per testimoni delle persone che per sordità o altro impedimento fossero nell'impossibilità fisica di sostenere cotal missione (art. 975).

Il testamento pubblico, essendo un atto autentico, sottostà in generale alle regole richieste per tutti gli atti autentici dalla legge di ventoso anno XI, organica del notariato; ma è chiaro esservi eccezione a questo principio per tutt'i punti specialmente regolati dal Codice: *speciolia generalibus derogant*. Sicchè s' applicherà la legge di ventoso in quanto alle cause d'incapacità del notaio o de'notai, poichè il Codice non ne fa parola; ma non si applicherà per le qualità da richiedersi nei testimoni del testamento pubblico, organsnito per essi il Codice, come si è veduto, un sistems completo (*ivi*).

Un'ultima osservazione è qui necessaria pel testatore che non parlasse il francese. Il solo mezzo di conciliare allora il dritto del notaio (che dee stendere in francese tutt' i suoi atti) con le regole suindicate si è di trovar in prima un notaio e de' testimoni che comprendano la lingua del testatore, di stender l'atto in francese e nella lingua anzidetta e di farne poi la lettura in questa lingua, il cui testo rimarrebbe a garentia della fedeltà del testo francese (art. 972).

LIII. — *Testamento mistico.* — Si compone di due parti: 1.° lo scritto contenente le volontà del defunto e il verbale rifermante l' osservanza delle formalità richieste per provare la identità di questo scritto e prevenirne qualsivoglia alterazione o sostituzione (art. 976).

L' atto contenente l' espressione della volontà può essere scritto da chiunque, purchè il testatore lo firmi se può. Il testatore dee poscia chiudere o suggellare o far chiudere e suggellare, sia la carta che porta lo scritto, sia un involucro nel quale lo si sia posto. Così chiuso e suggellato lo scritto, o in quel medesimo ch'ei lo fa chiudere e suggellare, deve il testatore presentarlo a un notaio ed a sei testimoni, dichiarando loro che è quello il suo testamento da lui scritto e firmato ovvero scritto da un altro e firmato da lui, secondo i casi (*ivi*).

A rifermare questa presentazione e questa dichiarazione, il notaio stende di sua mano un processo verbale che domandasi *atto di soprascrizione*, perchè scritto sulla carta stata chiusa e suggellata e non già su una minuta a parte. Quest'atto dev' esser firmato dal testatore, dal notaio e da' sei testimoni, senza che vi sia qui, come nel testamento pubblico, veruna dispensa per le campagne, e senza che un secondo notaio possa contar per due testimoni. Che se il testatore medesimo, per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmato lo scritto interno, non potesse firmare l' atto di soprascrizione, basterebbe la dichiarazione ch' egli facesse a tal riguardo e che dovrebbe esser menzionata dal notaio. Quando il testatore non à potuto firmare lo scritto testamentario, deve chiamarsi all' atto di soprascrizione un settimo testimone che possa firmare come gli altri sei, o si fa menzione della causa per la quale viene chiamato (art. 976, 977).

Tutte le formalità relative alla presentazione dello scritto e alla redazione della soprascrizione debbon farsi senza interruzione, ossia senza dar opera ad altri affari e senz' altri intervalli, salvo quelli richiesti dalla salute delle persone (art. 976).

La soprascrizione del testamento mistico, essendo un atto autentico, e il Codice, che à cura d' indicar le regole di capacità generale pe' testimoni chiamati a quest' atto (poichè esige, come abbiam detto, che sieno francesi, maschi maggiori e godenti i dritti civili) non indicando per essi, come fa per quelli del testamento pubblico, le cause d' incapacità relative, ne segue che converrà su questo punto ricorrere alla legge di ventoso anno XI ed escludere (giusta il suo art. 10) la testimonianza di qualunque parente, affine, giovane e servitore del notaio e del testatore (*ivi*).

Coloro che non possono leggere e che quindi non potrebbero conoscer da sè il contenuto dello scritto che avessero fatto fare, non possono testare nella forma mistica. In quanto a colui che non può parlare, ma che sa scrivere, la legge gli permette di fare il

testamento mistico, attestando per iscritto nell' atto di soprascrizione che la carta ch'egli presenta contiene il suo testamento. Ma la legge esige inoltre che questo testamento sia allora scritto per intero, poi datato e firmato da lui, e che il notaio menzioni che il testatore à scritto l' attestazione apposta alla soprascrizione — Egli è da notare che, quando l' atto che contiene la volontà è così scritto per intero, datato e firmato dal testatore, costituisce per sè medesimo un testamento olografo, di guisa che la nullità della soprascrizione farebbe cadere il testamento come mistico, ma tascerebbe sussistere un atto che presenterebbe tutt'i caratteri del testamento olografo, e quindi valido come tale (art. 978, 979).

N. B. — Il testamento mistico o l' olografo non può, dopo la morte del testatore, esser messo ad esecuzione che previe varie formalità: 1.° il testamento dee esser presentato al presidente del tribunale del circondario, ove si è aperta la successione; 2.° è aperto da questo presidente, il quale stende un verbale descrittivo dello stato in cui trova l'atto; 3.° vien poscia depositato fra le minute del notaio, cui designa un' ordinanza del detto presidente. Quando il testamento è mistico, bisogna chiamare alla sua apertura coloro tra' notai e testimoni segnatari della soprascrizione che fossero ancor viventi e si trovassero 'sopra luogo.

§. 2.

Regole particolari a' testamenti privilegiati.

LIV. — Delle regole speciali e di favore richieste dalle circostanze sono stabilite dalla legge: 1.° pe' testamenti militari; 2.° per quelli fatti in un luogo ove regni un contagio; 3.° pe' testamenti fatti in mare; 4.° per quelli che un Francese faccia all'estero.

1.° *Testamento militare*.. Questo testamento non è permesso che a'soldati e alle persone addette all'esercito per commissione del governo, che si trovino attualmente in ispedizione, in quartiere o in guarnigione fuor del territorio o su un punto del territorio, le cui comunicazioni sieno interrotte dalla guerra. Può esser ricevuto: 1.° da un capo di battaglione o di squadrone o da altro uffiziale superiore assistito da due testimoni; 2.° da un sotto-intendente militare assistito dal pari da due testimoni; 3.° da due sottointendenti; 4.° quando il testatore si trovi in un ospedale come ammalato o ferito, dall' uffiziale sanitario in capo, assistito dal comandante militare dell' ospedale. Questo testamento divien nullo dopo sei mesi dal momento in cui il testatore à perduto il dritto di testare militarmente e à potuto fare un testamento ordinario (art. 981, 984).

2. *Testamento fatto in tempo di peste.* — Allorchè per effetto d' un contagio sono interrotte le comunicazioni con un paese, tutte le persone che si trovino in questo paese possono fare stendere il loro testamento dal giudice di pace o dal suo supplente o dal sindaco o aggiunto del comune con l' assistenza de' due testimoni. Questo testamento, come il precedente, resta valido per sei mesi dal dì in cui il suo autore abbia perduto il dritto di farlo ed abbia potuto testare nella forma ordinaria (art. 985. 987).

LV. 3. *Testamento fatto per mare.* Il testamento fatto in un viaggio marittimo, purchè non sia in un momento che la nave abbia approdato a una terra (francese o straniera, non monta) ove si trovasse un uffiziale pubblico francese con missione di ricevere i testamenti, può esser ricevuto: 1. su' bastimenti dello Stato, dall' uffiziale che comanda in capo assistito dall' uffiziale dell' amministrazione; e su' legni del commercio, dallo scrivano della nave assistito dal capitano, e in ogni caso in presenza di due testimoni. In caso d' impedimento di queste persone, e massime se appunto il loro testamento si tratti di ricevere, il dritto passa a quelle incaricate di sostituirle nel servizio (art. 988, 989).

L' atto dev' esser fatto in doppio. Se il bastimento approdi a un porto straniero ove si trovi un console di Francia, gli si consegna un de' due originali suggellato o altrimenti chiuso, che egli fa pervenire al ministro della marina; e questi ne fa far il deposito nella cancelleria del giudicato di pace del domicilio del testatore. Al ritorno del bastimento in Francia i due duplicati e quello che rimane son sottomessi al preposto dell' iscrizione marittima, il quale li trasmette al ministro della marina, onde ne sia fatto il deposito anzidetto. La consegna così fatta al console o al preposto dev' esser menzionata sul ruolo della nave in margine al nome del testatore. Del resto, queste regole tutte intese, a garentire la conservazione materiale del testamento ed estranee alla perfezione dell' atto, non sono, come le altre regole della nostra sezione, prescritte a pena di nullità (art. 990, 992).

Il testamento marittimo cessa d' esser valido tre mesi dopo che il testatore à perduto il dritto di così testare, ed à potuto fare un testamento ordinario (art. 996).

In ogni testamento fatto in mare, ancorchè non nella forma speciale onde qui trattasi, ma olografamente, il Codice, riproducendo

le regole del nostro antico dritto, dichiara nullo il legato a pro d'un uffiziale della nave, tranne che questi sia parente del testatore fino al dodicesimo grado inclusive (art. 997).

LVI. Ciascuno de' tre testamenti onde abbiam favellato dev' esser firmato dal testatore, se non ne sia impedito; da uno almeno de' due testimoni e da colui o coloro che ricevan l' atto. Quando il testatore non firma, dee dichiarare il suo impedimento, e l' uffiziale redattore dee far menzione della dichiarazione di lui e della causa dell'impedimento. Se è un de' testimoni che non firma, l' uffiziale deve egualmente enunciare l'impedimento e la sua causa (art. 998).

Del resto, tracciando il Codice pe' casi eccezionali in cui versiamo un sistema di regole complete e indipendenti da quelle ordinarie, non si possono applicare a questi casi eccezionali che le regole suindicate; e segnatamente gli uffiziali speciali creati per queste circostanze non posson procedere se non nel modo che abbiamo additato e non potrebbero ricevere un testamento mistico. In quanto al testamento olografo, è chiaro che può sempre esser fatto all' esercito, in tempo di peste o su un bastimento; ma non come testamento privilegiato, sì come testamento ordinario e giusta le regole generali (*ivi*).

LVII. *Testamento fatto all' estero.*—Oltre al testamento che il Francese può fare all'estero nelle forme autorizzate dalla legge locale, a norma della regola *locus regit actum* (1), questo Francese può anche testare olografamente ovunque si trovi e ancorchè la legge del paese non ammettesse cotal forma di testamento. Il Codice, in ciò, scostandosi dagli antichi principî, à fatto di questa regola uno statuto personale che segue i Francesi dappertutto (art. 999).

Oltre alla forma olografa e alle forme usate nel paese ove si trovi, il Francese può anche all'estero far ricevere il suo testamento come atto autentico, giusta le forme francesi, dal cancelliere del consolato francese. Infatti diverse leggi (in ispecie l'ord. 3 marzo 1781) che organizzano delle regole di dritto pubblico e quindi non cadono sotto l'abrogazione risultante dalla promulgazione del Codice per le antiche leggi che regolavano materie di dritto civile, attribuiscono a'cancellieri di consolato le funzioni di notaio verso i Francesi che fan capo da essi (*ivi*).

Qualunque testamento fatto in estero paese non può eseguirsi su' beni di Francia che dopo registrato nell'uffizio del domicilio del testatore, e inoltre, quando d'immobili si tratta, nell'uffizio della situazione di questi immobili (art. 1000).

SEZIONE II.

Delle diverse specie di legati.

Distinguonsi tre classi di legati: il legato universale, il legato a titolo universale, il legato particolare.

LVIII. — *Del legato universale.* — È quello che dà dritto, almeno eventualmente, all'universalità de' beni del testatore. Così, quando io lego tutto ciò che lascerò di beni disponibili, àvvi legato universale, chè la totalità del mio patrimonio può trovarsi disponibile alla mia morte. Altrettanto è del legato con cui io attribuisca a Pietro tutto il mio bene, comunque io leghi ad altri il tale o tal bene particolare; potendo queste persone non venire. In breve, tosto che àvvi possibilità d' ottenere l' universalità de' beni, il legato è universale. Ma dev'esservi chiamata all'universalità, cioè all'insieme de' beni considerati in massa e come unità: il legato che attribuisse il tal bene, poi il tal altro, poi ancora il tale altro, mai non sarebbe se non un legato particolare, quandanco così attribuisse la totalità de'beni (art. 1003).

Quando il testatore, che à fatto un legato universale, lascia degli eredi riservatari i quali accettano la sua successione, questi ànno il possesso legale (*saisine*) non pure della loro riserva, ma della intera successione, e a loro debbono indirizzarsi i legatari universali per farsi rilasciar la frazione onde egli è proprietario. Nondimanco, e sebbene l'erede sia così fatto solo possessoro de' beni fino al rilascio, la legge, per non privare il legatario universale de' vantaggi pecuniari annessi al titolo d'erede, ritraendogliene gli onori, accorda a questo legatario dal giorno della morte i frutti della porzione di beni che gli appartiene. Ma dee per questo domandare il rilascio entro l'anno dalla detta morte; altrimenti i frutti non gli sarebbon dovuti che dal dì in cui il rilascio fosse stato giudiziariamente domandato o volontariamente consentito (art. 1004, 1005). Quando non vi à erede riservatario, il legatario universale è dalla legge investito di tutt' i beni della successione fin dalla mor-

(1) Dal poter il Francese all'estero testare secondo la forma del paese non è a conchiudere che potesse, contro il divieto della legge, far un testamento congiuntivo. Qualunque regola su questo punto, sia permissiva, sia proibitiva, è più che una mera quistion di forma, ed è inoltre senza rapporto con le necessità su cui poggia il principio *locus regit actum*.

te del testatore (art. 1006). Nonostante, e malgrado questo possesso di dritto, esso legatario, quando il testamento è olografo o mistico, non può mettersi in possesso di fatto che dopo adempite le formalità suindicate (n.° LII in fine) ed essersi fatto autorizzare a prender possesso con un'ordinanza del presidente del tribunale.

Il patrimonio d'una persona essendo il complesso del suo attivo minorato del complesso del suo passivo, dee dunque il legatario universale, quando raccoglie intera la successione, pagare egli solo i pesi ereditari (fino a concorrenza però de' beni); che se, posta l'esistenza d'eredi riservatari, una frazione soltanto ei ne raccolga, deve una frazione proporzionale de' debiti. Circa a' legati, siccome debbono esser soddisfatti non dall'insieme di tutt' i beni, ma dalla parte disponibile di questi, il legatario universale è tenuto a pagarli egli solo, poichè prende tutta la disponibile. Si sa però che, quando il suo legato subisce una riduzione, egli può far subire agli altri legatari una riduzione proporzionale (art. 1009).

LIX. — *Del legato a titolo universale.* — È quello con cui il testatore dispone 1.° d'una parte aliquota dell'universalità de'suoi beni, o 2.° dell'universalità de'suoi immobili, o 3.° dell'universalità de'suoi mobili, o 4.° d'una parte aliquota dell' una o dell'altra di queste due universalità (art.1010).

Il legatario a titolo universale mai non à il possesso legale de' beni a cui è chiamato; dee domandarne il rilascio, secondo i casi, sia agli eredi, sia al legatario universale, sia a' successori irregolari, sia infine al curatore nominato alla eredità giacente. In quanto a' frutti la disposizione di favore che gli attribuisce al legatario universale dal dì della morte, non essendo riprodotta per lui, non vi avrà mai dritto se non dal giorno del rilascio regolarmente domandato od ottenuto amichevolmente (art. 1011 e 1005).

Il legatario a titolo universale contribuisce a' debiti in proporzione della parte dei beni a cui è chiamato; e in quanto a'legati particolari, li deve, giusta il principio già riconosciuto, in proporzione di ciò che prende, non nell' insieme dei beni, ma nella disponibile. Benvero sarebbe altrimenti, se il legato a titolo universale fosse d'una certa specie di beni e si trattasse di legati particolari aventi ad obbietto de'beni in quella specie compresi: il legatario a titolo universale li dovrebbe allora, per la natura delle cose, in ragione di ciò che prende in quella classe di beni: così il legatario di tutti gl'immobili pagherà egli solo il legato della tal casa (art. 1012 e 1013).

LX. — *Del legato particolare.* — Qualunque disposizione testamentaria, che non sia nè legato universale nè legato a titolo universale, costituisce un legato particolare. Così l'attribuzione di tutt' i mobili o di tutti gl' immobili o anche di tutti i beni, quando è fatta alla spicciolata e con determinazione degli oggetti, non è che un legato particolare. Parimenti la disposizione, pur fatta in massa, di tutti gl' immobili della tal natura (tutt'i boschi) o di tutti quelli posti nel tal paese. E parimenti ogni disposizione d'usufrutto, ancorchè colpisca l'universalità de' beni (art. 1010, n. III).

Il legatario particolare, come quello a titolo universale, non à dritto a' frutti che dal dì in cui il rilascio è giudiziariamente domandato o volontariamente consentito. È altrimenti però, e il dritto a' frutti o interessi esiste dal momento della morte, 1° quando il testatore à espressa la sua volontà a tal riguardo, 2° quando trattasi d' una rendita vitalizia o d' una pensione legata a titolo d'alimenti, 3° quando il legatario si trovava già in possesso dell' oggetto prima della morte del testatore (art. 1014, 1015).

Oltre all' azione personale che per l' esecuzione del legato appartiene al legatario contro il debitore o i diversi debitori di questo legato (e che nel caso di più debitori si divide contro di essi in proporzione di ciò che ognuno prende nella disponibile) ed oltre ancora all' azion di revindicazione quando il legato à per obbietto la proprietà d' un corpo certo, la legge dà al legatario sugl'immobili della successione un' azione ipotecaria che, per una falsa interpretazione del dritto romano, permette di esercitare contro ciascun de' debitori per la totalità del legato. Del resto, il debitore de' legati, pur quando è erede puro e semplice, non dovendoli mai come continuatore del defunto (poichè questi puoto non li doveva), ma solo come detentore de' beni disponibili, questi legati non saran mai dovuti *ultra vires*, ma sì fino a concorrenza di detti beni disponibili (articolo 1017).

Il legato d' una cosa determinata comprende di necessità gli accessori di questa cosa; e, siccome al momento della morte del testatore la cosa divien proprietà del legatario, essa gli appartiene nello stato in cui allora sitrova. Laonde gli abbellimenti, le piantagioni, le riparazioni o accrescimenti, le costruzioni e ogni altra miglioria fatta nell' intervallo dalla data del testamento alla morte del testatore volgeranno in prò del legatario. Ma, allorchè trattasi di nuovi immobili acquistati accanto a quelli che s' eran legati, il Codice non li riguarda come accessori del primo

e non gli attribuisce al legatario che in un caso solo: quando si tratta d'un ricinto, di cui il testatore à ampliato il circuito, spostandone la chiusura. Che se in luogo d'aumentar le costruzioni già esistenti, il testatore avesse edificato su un terreno precedentemente nudo, farebbe d'uopo distinguere; se la costruzione non è che l'accessorio del terreno (come sarebbero il padiglione d'un giardino o i fabbricati di un fondo), il tutto è compreso nel legato; ma, se il terreno qualsiasi, prato, giardino ec., è sparito e si è assorbito sotto la costruzione, il giardino o altro terreno legato si trova giuridicamente distrutto e il legato svanisce, come si vedrà nella sezione seguente. Giusta i medesimi principi, se al momento della morte l'immobile legato si trovi gravato d'un'ipoteca, il legatario (che, beninteso, non è tenuto a pagar il debito) dee subir l'esistenza di quest'ipoteca e non può astringer l'erede a liberar l'immobile innanzi la scadenza; salvo evidentemente che il testatore abbia espressa una volontà contraria (art. 1018-1020).

Quando il testatore lega direttamente un corpo certo appartenente ad altrui, il legato è nullo, senza che sia da considerare, come un tempo, se il testatore sapeva o no che la cosa punto non gli apparteneva. Questo novello principio sarà da prendere in considerazione per determinare gli effetti del legato, col quale il testatore attribuisce in tutto o in parte un bene in cui non à che una parte indivisa. Si comprende, del resto, che questi effetti sarebbero diversi, 1° secondo che il testatore avesse legato o l'immobile o la tal frazione divisa dell'immobile o solo la parte indivisa che attualmente aveva in questo immobile, 2° secondo che l'indivisione del bene fosse o no cessata prima della morte del testatore, e 3° secondo che, in caso di cessazione dell'indivisione, il bene fosse pervenuto tutto intero al testatore o gli fosse pervenuto solo in parte o fosse cessato interamente d'appartenergli (art. 1021).

Nel legato d'una cosa in genere, la scelta, tranne dichiarazione contraria del testatore, appartiene al debitore del legato, il quale deve, del resto, offrire una cosa di media qualità (art. 1022).

Il legato indiritto a un creditore può benissimo essergli fatto in compensazione del suo credito e per procacciargli un novello titolo e forse più vantaggioso; ma quest'indole meramente compensativa del legato non dee presumersi e solo può venir ammessa quando risulta da' termini del testamento (art. 1023).

Non essendo i debiti onere del tale o tal bene particolare, ma dell'insieme del patrimonio, ne segue che il legatario particolare non è mai tenuto pe' debiti del defunto. Ma è ben aperto che, se il testatore con legati particolari avesse donato più del suo attivo, questi legati sarebbero nulli fino a debita concorrenza; attesochè il defunto à realmente donato ciò che non gli apparteneva; *non sunt bona, nisi deducto aere alieno*; *nemo liberalis, nisi liberatus* (1024).

LXI. — Giusta il principio di dritto comune che pone le spese del pagamento a carico del debitore, al debitore d'un legato incombono le spese del rilascio; ma l'applicazione di questo principio cesserebbe, ben inteso, per gli eredi riservatari nel caso che il valore riunito delle spese di rilascio e del capitale de' vari legati eccedesse la cifra della disponibile. In quanto alle spese di mutazione, sono naturalmente a carico del legatario. Ma un'espressa dichiarazione del testatore può cambiar l'una e l'altra regola, perchè sempre non sia toccata la riserva (art. 1016).

Del resto, ciascun legatario può oggi non far registrare il testamento che per la disposizione che lo concerne, laddove il nostro dritto antico non permetteva questa registratura parziale (*ivi*).

SEZIONE III.

Della rivocazione e della caducità de' legati.

LXII. — I legati posson esser rivocati, sia pel mutamento di volontà del testatore, sia per sentenza del giudice dopo la costui morte, per una delle cause d'indegnità prevedute dalla legge. Possono inoltre divenire inefficaci, caduchi, per la distruzione della cosa o per la premorienza, l'incapacità o il rifiuto del degatario; ma talora la caducità può trovarsi come non avvenuta per l'effetto del dritto d'accrescere. Il che spiegheremo nei due §§ seguenti.

§ 1.° *Della rivocazione.*

LXIII.—La rivocazione, abbiam detto, può primamente risultare dalla volontà del donante. In tal caso può essere espressa o tacita.

La rivocazione espressa non può farsi verbalmente; non è valida se non consegnata o in un testamento posteriore o in un atto autentico. Beninteso, fa mestieri che il testamento o l'atto rivocativo non si trovi nullo per vizio di forma, chè sarebbe allora senza esistenza legale. Ma, se questo testamento rivocativo, nullo come testamento, fosse però valido come atto autentico (perchè si sarebbero violate le regole del Codice, ma osservate quelle della legge sul notariato), vi sarebbe rivocazione, giacchè allora lo scritto era ad un tempo te-

stamento e atto autentico e resta valido in quest' ultima qualità. Noi crediamo, al contrario e malgrado l' opinione comune, che la rivocazione sarebbe senza effetto, se fatta in un atto scritto, datato e firmato dal testatore, ma che non contenesse disposizione di beni. Invano direbbesi costituir questo atto un testamento, perchè fa ritornare agli eredi i beni prima attribuiti a' legatari. L'errore è evidente, dacchè allora questi eredi verrebbono, non in virtù d' un testamento, sì come successori *ob intestato, absque testomento*. Ed anche indarno si direbbe che, se l' atto non è un testamento, à almeno la forma d' un testamento, e che ciò basta; ciò non basta punto, poichè la legge à cura di dire che, quando l' atto non è un testamento, fa d' uopo sia autentico (art. 1035).

La rivocazione tacita à luogo pe' legati che si trovano incompatibili con altri legati posterieri, ossia quando risulta dalle circostanze che il testatore à avuto la volontà di sopprimere le prime disposizioni per sostituirvi le seconde (art. 1036). Risulta ancora la tacita rivocazione da qualunque alienazione che il testatore faccia dell'oggetto legato, ancorchè questa alienazione fosse assolutamente nulla in dritto: la legge non chiede altro se non che il testatore abbia voluto e creduto alienare. Ma non basterebbe, beninteso, un'alienazione fatta sotto una condizione sospensiva che non siasi avverata, giacchè allora il testatore non à inteso alienar l' oggetto e ritorlo al legatario che qualora avesse luogo il tale avvenimento, che non à punto avuto luogo (art. 1038). Una terza ed ultima causa di tacita rivocazione trovasi nella soppressione del' l' atto testamentario (*ivi*).

LXIV. Abbiamo detto che la rivocazione de' legati può eziandio esser pronunziata dopo la morte del testatore. Difatti la legge permette pronunziarla: 1° per inadempimento degli oneri imposti al legatario, 2° per attentato alla vita del testatore, 3° per sevizie, delitti o ingiurie gravi verso di lui, 4° per ingiurie gravi alla memoria del testatore defunto (art. 1046).

In quest' ultimo caso la legge limita la durata dell' azion di rivocazione a un anno dal giorno del delitto. Pel caso d' inadempimento degli oneri l'azione durerebbe trent' anni, e negli altri due fu detto nel compilarsi il Codice che avrebbero la medesima durata dell' azione civile per misfatto o delitto (art. 1047).

§. 2.

Della caducità e del dritto d' accrescere.

LXV. — Il legato divien caduco, ossia cade e svanisce, in quattro casi: 1° quando il legatario muore, sia prima del testatore nel legato puro e semplice o a termine; sia prima d'avverarsi la condizione nelle disposizioni condizionali (art. 1039 1040); — 2° quando la cosa legata viene a perire prima della morte del testatore. E vuolsi notare che può esservi estinzione giuridica d' una cosa che fisicamente continui ad esistere; tal sarebbe il caso di alquante assi di legname che il testatore avesse adoperate a far una nave, d' un campo ch' egli avesse fatto coprir di case e che fosse divenuto un de' quartieri d'una città ec. (art. 1042); — 3° quando questo legatario ricusa il legato (art. 1043); — 4° quando egli si trova incapace di raccoglierlo (*ivi*).

LXVI. — La premorienza, il rifiuto o l' incapacità del legatario non sempre però producono la caducità del legato, almeno la caducità assoluta.

E difatti colui che premuore, rifiuta, o si trova incapace può essere uno fra più legatari chiamati ciascuno alla totalità dell' oggetto; ed è chiaro che in tal caso l' esclusione di questo legatario, invece di far ritornare l' oggetto al debitore del legato, avrà l' unico effetto di attribuirne una parte più forte a' collegatari di colui che vien manco: allora evvi caducità in quanto a quest' ultimo legatario, ma non già in quanto al legato. — Simile facoltà per un collegatario di ottenere nell' oggetto legato a più persone una parte più forte di quella che avuta avrebbe se tutt' i chiamati fossero venuti, à ricevuto nome di *dritto d' accrescimento*; ma si scorge che àvvi piuttosto *non-decremento* del dritto alla totalità o almeno *decremento minore* di quello che avrebbe colpito siffatto dritto se tutt' i chiamati fossero venuti a concorrere.

Questo non-decremento (o questo accrescimento, per usar l' espressione abituale) non può aver luogo, come si vede, che fra legatari chiamati tutti ad uno stesso bene e ciascuno pel tutto; sarebbe impossibile fra quelli chiamati ad oggetti distinti o, che torna al medesimo, a parti distinte d' uno stesso oggetto (chè le due parti d'una cosa forman due cose distinte, tosto che si considerino come separate l' una dall' altra). Gli è ciò che si esprime dicendo aver luogo l'accrescimento soltanto per legatari *congiunti* ne'legati fatti *congiuntamente.*

Ma quando sarà fatto congiuntamente il legato? quando ciascuno di diversi legatari vi sarà chiamato alla totalità dell' oggetto? Questo punto dipende manifestamente dall' intenzione che à avuta il testatore, intenzione che bisognerà, come sempre, arguire dalle circostanze. Il Codice à dunque ben fatto di non riprodur quì le regole assolute e matematiche del dritto romano e del nostro dritto antico, le quali doveano inevitabilmente condurre spesso a disconoscere il pensiero del disponente.— Senza gittarsi nella vieta distinzione delle congiunzioni *re tantum*, *verbis tantum*, *re et verbis*, il Codice ferma questo principio di ragione, che vi sarà accrescimento ogni qual volta i legati saran fatti congiuntamente, ossia con chiamata di ciascun legatario alla totalità; così abbandonando a' magistrati la cura di decidere in fatto se questa chiamata al tutto sussista o no. Tuttavia indica due casi in cui la congiunzione, la chiamata alla totalità per ciascuno, si presume di pieno dritto: 1.º quando i diversi legatari saran chiamati a una stessa cosa con una stessa clausola del testamento e senza assegnazione di parti; 2.º quando il bene attribuito a parecchi con clausole separate, ma in un medesimo testamento, sarà di natura da non poterlo dividere senza deteriorarlo. In ogni altro caso la chiamata al tutto non risulterà da regole generali fermate *a priori*; spetterà ai giudici esaminare in fatto se esista (art. 1044, 1045).

LXVII. Il punto sì semplice, che dalla chiamata al tutto vien costituita la congiunzione, e fatto luogo all' accrescimento, conduce, sembra, a una facile soluzione di tesi spesso controverse. — Così, quando un de' due legatari chiamati vien manco, non potrà il secondo dire che non vuol prendere se non la sua metà, senz' aggiungervi quella dell' altro; dee prender il tutto o rifiutar il tutto, perchè al tutto è ed è sempre stato chiamato.—Se il legatario mancato era gravato di pesi, l' accrescimento non li trasferirebbe già sul secondo legatario, postochè non il legato del primo, ma il suo proprio egli invoca, il quale lo chiama, e senz' oneri, alla totalità della cosa. — Se il legatario mancato era chiamato con una clausola comune a un secondo legatario, e due altri il sieno con un' altra clausola, non avrebbe perciò luogo l'accrescimento a favore esclusivo del legatario chiamato con la stessa clausola di quello mancato; poichè gli altri due, al par di esso, lui àn dritto al tutto, l' accrescimento sarebbe a benefizio di tutti quanti. — Infine, essendo ciascun legatario chiamato al tutto, e quando si è aperto il suo dritto essendosi aperto pel tutto, ne segue che, quando l'ostacolo che noceva all'esercizio intero del suo dritto non fosse sparito che dopo la sua morte, l' accrescimento a cui dà luogo la cessazione di tale ostacolo si avvererebbe pur sempre e gioverebbe ai suoi successori (art. 1045).

Terminiamo questa materia dell'accrescimento coll' indicazione d' una differenza rilevante che risulta dalla forza stessa delle cose tra i legati di proprietà e quelli d' usufrutto. Questa differenza che i nostri moderni commentatori, pigliando evidentemente abbaglio sulla quistione, àn preteso impossibile, non mancherà, quando la quistione sarà stata riposta sul suo vero terreno, d' esser ammessa sotto il Codice, come sempre fu nel dritto romano e nel nostro dritto antico, di cui il Codice non à mica mutati i principî su questo punto. — Quando i due legatari, a ciascun de' quali è stata legata pel tutto la *proprietà* d' un immobile, son venuti a raccogliere entrambi, prendendo ciascuno la metà, è chiaro che il conseguimento posteriore della totalità per parte d' uno di essi è affatto impossibile, dacchè la metà raccolta dall'altro dovendo esser posseduta per sempre (prima da lui e dopo di lui da' suoi successori), vi sarà ostacolo perenne perchè il suo collegatario non possa veder riunita questa metà alla sua per effetto del legato. Ma, quando il legato à dato e i due legatari àn raccolto l'*usufrutto* soltanto dell'immobile, la morte d'uno di questi legatari facendo cessare la sua metà d'usufrutto, non v'è ostacolo di sorta perchè l' altro non riunisca oramai e pel resto di sua vita questa metà d' usufrutto alla metà onde già à goduto. Sarebbe un' evidente violazione della volontà del defunto il ricusar questa metà al legatario per lasciarla agli eredi, stantechè per l' intero usufrutto il testatore à preferito a' suoi eredi ciascun dei legatari (*ivi*).

SEZIONE IV.

Degli esecutori testamentari.

LXVIII. — Esecutori testamentari appellansi le persone a cui il testatore dà mandato di vegliare dopo la sua morte all' esecuzione delle ultime sue volontà.

Il testatore può designare un solo o più esecutori testamentari; e in quest' ultimo caso è in libertà di conferire a ciascuno speciali funzioni o di dare a tutti un potere intero. La nomina però non può farsi che per testamento (art. 1025).

Il testatore può, per garentir l' esecuzione de' legati mobiliari, dare al suo esecutore testamentario il possesso di fatto de' suoi mobili, ma questo possesso, che non impedirebbe il possesso civile dell'erede e che non può estendersi agl' immobili, mai non può durare oltre un anno e un giorno. L' erede, per altro, può sempre farlo cessare, giustificando l' esecuzio-

ne de' legati mobiliari ed offrendo all' esecutore somma sufficiente per soddisfarli (articoli 1026 , 1097).

L' esecutore testamentario dovendo rendere i conti, non al testatore che lo nomina , ma agli eredi di questo testatore, dai quali non è mica scelto e dai quali non può esser rivocato , la legge doveva scostarsi dal principio che permette di prendere degl' incapaci per mandatari. Dichiara pertanto che chiunque non può contrarre un' obbligazione la quale presenti tutte le garenzie sufficienti non potrà essere esecutore testamentario. Così il minore in tutela ed anche il minore emancipato saranno incapaci di accettar questo mandato particolare anche coll' intervento del tutore o del curatore. La moglie separata di beni o che, maritata sotto il regime dotale, à de'beni parafernali , potendo esser ricerca sulla piena proprietà di questi beni per le obbligazioni che contrae , vuoi con la venia del marito , vuol con l' autorizzazione del giudice , la legge le permette di accettare con l'una o con l' altra ; ma in quanto alla moglie maritata in comunione o con esclusione di comunione o sotto il regime dotale senza beni parafernali , siccome di questi beni à il godimento il marito e con l'autorizzazione del magistrato ella non ne obbligherebbe che la nuda proprietà , non può accettar il mandato che coll' assenso del marito (art. 1028 , 1080).

LXIX. — Quando l' esecutore testamentario è immesso in possesso dei beni mobili, deve, se v' abbiano degli eredi minori , interdetti o assenti, far apporre i suggelli per garentia degli eredi, e non possono venir rimossi che con un inventario dei mobili. Può tuttavia il testatore , con una clausola formale, liberare il suo esecutore della cura di far formare questo inventario , ma è chiaro ch' ei non potrebbe inibire che un inventario si facesse : potranno dunque gli eredi farvi sempre procedere. In questo stesso caso di possesso , quando questo spira , dee l' esecutore render conto agli eredi dell' uso che à potuto fare dei beni mobili , sia per soddisfare i legati sia per pagar le spese funerarie di cui il testamento lo avesse incaricato o le spese dei suggelli dell' inventario , ed altre relative alle sue funzioni (art. 1031). Queste spese , eccetto quelle de' funerali ed altre costituenti dei debiti propriamente detti sarebbono a carico, non della successione , ma della parte disponibile di essa , poichè fatte nell'interesse de' soli legatari (art. 1034).

Il testatore non potrebbe dispensare l'esecutore testamentario del rendimento di questo conto; chè un amministratore del bene altrui ; non tenuto a renderne conto , sarebbe un assurdo. Intanto si obbietterebbe che il testatore potea dargli più che una dispensa dal render conto de' beni mobili ed attribuirgliene sino la proprietà. Certo potea farlo; ma se non lo à fatto altrimenti e la proprietà de' ben è quindi rimasta all'erede, è d'uopo che l'amministratore renda conto dell'uso che ne à fatto (art. 1031).

Quando l' esecutore testamentario non è stato immesso nel possesso de'beni, non è tenuto di far apporre i suggelli ; ma ne à pur sempre la facoltà, essendo autorizzato a prendere tutte le misure che stimi necessarie per garentir l'esecuzione de'legati (*ivi*).

In tutti i casi, in possesso o no, egli può , in mancanza di danaro sufficiente per soddisfare i legati, provocar la vendita de'mobili e intervenire per sostener i dritti dei legatari,in tutte le contestazioni sorte sull'esecuzione del testamento (*ivi*).

L'uffizio d' esecutor testamentario, è come ogni altro mandato, personale a colui al quale si confida e non passa punto ai suoi eredi (art. 1032)

Quando il testatore à nominati più esecutori testamentari e tutti ànno accettato,convien distinguere se il testamento attribuisca a ciascun di loro speciali funzioni o si taccia su tal punto. Nel primo caso il potere di ciascun mandatario è limitato all'oggetto designatogli; e, se egli si è tenuto entro questo limite , la sua responsabilità non va mica al di là. Quando non v'è divisione delle funzioni , la legge riconosce in ciascun degli esecutori un potere assoluto , e quindi ciascun risponde pel tutto e solidalmente co' suoi coesecutori dei mobili che àn potuto esser loro affidati. Questa responsabilità solidale per uso de' mobili sussisterebbe ancora per gli esecutori,i quali, incaricati di speciali funzioni, fossero usciti da'limiti loro assegnati. — Che se in questo caso di più esecutori testamentari avvi accettazione di alcuni e rifiuto degli altri , si valuterà in fatto dal complesso delle circostanze qual sia stata per questo caso l'intenzione del disponente (art. 1033).

CAPITOLO IV.

DELLE DONAZIONI E DE' TESTAMENTI CHE CONTENGANO UNA SOSTITUZIONE O PRESENTINO UNA DIVISIONE D'ASCENDENTI.

SEZIONE I.

Delle sostituzioni.

LXX. — *Sostituzione* o *sostituzione fedecommessaria* s'appella la clausola onde dei donatori o testatori impongono a colui che

gratificano l'onere di conservare fino alla sua morte la cosa donata per trasmetterla allora ad una o più persone, che così trovansi gratificate in second'ordine. Quegli che riceve col peso della sostituzione dicesi *gravato*, quegli a cui dee restituire, *chiamato o sostituito*.

E innanzi tratto, onde v'abbia sostituzione, fa d'uopo che il donatario o legatario sia stato *obbligato* dal disponente a *conservare* la cosa. Sicchè non evvi sostituzione quando si è donata una cosa coll'obbligo di restituirne un'altra (chè allora non v'è obbligo di conservar la cosa donata); nè quando v'è obbligo di restituire ciò che rimanga del bene, il quale chiamasi fedecommesso *de residuo, de eo quod supererit* (essendo il donatario arbitro di far che nulla rimanga e non essendo obbligato a conservare); nè quando ci à solo preghiera o invito di conservare e restituire (chè anche allora il beneficiario non è punto obbligato). Che se la disposizione, imponendo pur l'obbligo di restituire, accordi la facoltà d'alienare *in caso di bisogno*, la soluzione può dipendere dalle circostanze. In principio è da dire che v'è sostituzione, essendo evidente che le parole *in caso di bisogno* non significano già *a piacere della persona*, ma solo *se v'è necessità*; e siccome un proprietario non si pone per suo capriccio nella necessità d'alienar i suoi beni, è forza riconoscere esservi allora seria obbligazione di conservar la cosa. Ma, se dal complesso della disposizione risultasse che con le parole *in caso di bisogno del donatario* il disponente à solo voluto dire *se al donatario paia vantaggioso*, è aperto che questo donatario non è più obbligato a conservare e che la sostituzione punto non esiste (art. 896).

In secondo luogo, perchè vi sia sostituzione fa mesteri vi sia pel donatario obbligo di conservare fino a sua morte. L'obbligo di conservare fino alla tal epoca o al tale avvenimento ben costituirebbe un fedecommesso, ma non una sostituzione nel senso della legge. (*ivi*).

Infine non ci à sostituzione che quando la liberalità è fatta con onere di conservare fino alla morte *per trasmettere allora alla tal persona*; di guisa che, quandanco la liberalità fosse fatta a condizione che il beneficiario mai non alieni, neppure per testamento, non vi sarebbe sostituzione dacchè il bene andrebbe, morto questo beneficiario, non alla tal persona designata dal disponente come donataria in second'ordine, sibbene agli eredi qualichessieno dèl beneficiario, che a questo titolo di eredi lo raccoglierebbero (*ivi*).

Le sostituzioni non fannosi che per donazione o per testamento; e non il sostituito soltanto, ma altresì il gravato son sempre e di necessità donatari o legatari. Così per esempio, quando, lasciando erede mio figlio, io lego il tal fondo a mio nipote, ma da prenderlo alla morte di mio figlio, è vero che la è in realtà una sostituzione, di cui mio figlio è gravato, dacchè questi non riceve il fondo alla mia morte che coll'obbligo di conservarlo fino alla sua morte per trasmetterlo allora a mio nipote. Ma mio figlio, benchè non sia chiamato al fondo con una clausola del testamento e paia che lo raccolga *ab intestato* come il resto de' miei beni, nol raccoglie realmente che in virtù del detto testamento e come legatario. Attribuendo il fondo a mio nipote per la morte di mio figlio, è chiaro che lo ritiro dalla mia successione legittima si in quanto a lui e sì a mio nipote e che il mio testamento significa: « Mio figlio prenderà il fondo, non secondo la regola ordinaria delle successioni ma secondo quella che la mia volontà indica qui, cioè, per conservarlo sua vita durante senza poterlo mai alienare e per trasmetterlo morendo a mio nipote. « Mio figlio atesso adunque non è che legatario in quanto a questo fondo (*ivi*).

LXXI. — Così spiegata l'indole della sostituzione, bisogna sapere che il principio del Codice in questa materia si è che ogni sostituzione è nulla e rende nulla anche la disposizione, sia tra vivi sia testamentaria, che la contiene. E così è pur quando la condizione o le condizioni, alle quali fosse sottomessa la sostituzione, non si avverassero: tosto che una sostituzione, eziandio condizionale sotto più rispetti, è imposta ad una donazione o ad un legato immediatamente e checchè possa accadere più tardi, evvi nullità della disposizione. Ma sarebbe, beninteso, altrimenti, e la sostituzione non produrrebbe la nullità della disposizione principale se non fosse scritta che sotto la condizione di non essere una sostituzione. Così, io fo la mia donazione o il mio legato « sotto il tale onere, salvo però che quest' onere si trovi essere una sostituzione, nel qual caso lo annullo. » In tal caso la sostituzione non à esistito un solo istante, neppure eventualmente; non si è formata neppure come possibile: è evidente, poichè la clausola era scritta per eseguirsi sol quando non fosse una sostituzione (*ivi*).

Se la sostituzione, almanco in principio, produce la nullità della liberalità, alla quale è messa a carico, questa nullità, beninteso, non si estende alle altre liberalità che col medesimo atto potessero esser fatte, ancorchè alla stessa persona si indirizzassero.

Senza fallo, se due immobili son donati entrambi a patto di restituirne uno, la donazione sarà nulla per ambedue, dacchè anche il primo non era donato se non a condizione di restituir il secondo; ma se il primo fosse stato donato puramente e soltanto l'attribuzione del secondo fosse affetta di sostituzione, la donazione sarebbe mantenuta pel primo. Vi sarà dunque un punto di fatto da esaminare (*ivi*).

A questo principio, di nullità delle sostituzioni e delle liberalità che le contengono il Codice à ammessa un'eccezione (ampliata poi dalla legge del 17 maggio 1826, ma ricondotta a' suoi primi limiti da quella dell'11 maggio 1849). Vedremo successivamente, 1° quali sostituzioni son permesse, 2° quali sono gli effetti della sostituzione e quai diritti conferisce, sia al gravato, sia al sostituito, 3° quali misure ànnosi a prendere, in caso di sostituzione, nell'interesse dei chiamati, 4° infine quali misure nell'interesse de' terzi.

§ 1.°

Delle sostituzioni permesse.

LXXII. — Il Codice permette a un donante o testatore, che disponga a pro di un figlio o anche (quando non à figli o discendenti che debban succedergli) a pro d'un fratello o di una sorella, di chiamar come sostituiti tutti i figli nati e nascituri del donatario o legatario (art. 1048 - 1050);

Egli è patente, per altro, che nelle disposizioni fatte a patto di sostituzione come, in tutte, si può metter la clausola detta dai Romani *sostituzione volgare* e che consiste in dire che, se la tal persona chiamata a una disposizione non la raccolga, apparterrà alla tal altra, che così trovasi chiamata sotto la condizione che manchi la prima (art. 898).

LXXIII. — Se avvenisse che il gravato trapassasse, lasciando supersatiti uno o più sostituiti e de'discendenti d'un sostituito premorto, questi raccoglierebbero per rappresentazione la parte del premorto (art. 1051).

Colui, che vuol sottomettere a una sostituzione i beni che prima avea donati puramente, lo può di leggeri; se la prima disposizione si è fatta per testamento, potendo a sua posta rivocare questo testamento per surrogarsi una nuova liberalità fatta a condizione di restituire. Che se la prima disposizione è una donazione fra vivi, la legge permette al donatore di fare una disposizione, sia tra vivi sia testamentaria, che riporti l'onere di restituire su' beni donati in primo luogo: e se il donatario accetti questa seconda liberalità, non potrà più, anche offrendo d'abbandonarla, spacciarsi dall'obbligo di restituire i beni prima donati (articolo 1052).

§ 2.

Dritti del gravato e de' chiamati. Apertura delle sostituzioni.

LXXIV. — Comechè al gravato incomba di restituir i beni, non lascia egli d'esserne proprietario, soltanto la sua proprietà si risolve con l'apertura della sostituzione. Il gravato può dunque ipotecare o alienare i beni, ma avverandosi la sostituzione, le alienazioni o concessioni di dritti reali svanirebbe e si troverebbe non aver mai esistito. Circa a' chiamati, non ànno fino all'apertura de' loro dritti che una semplice speranza, la quale tuttavia permette loro di prendere qualunque misura conservatoria (art. 1053).

Avvegnachè la proprietà de' beni sia attualmente del gravato, siccome transitoriamente e risolutoriamente gli appartiene e non in modo assoluto, le spese relative a questa proprietà (per esempio delle ricostruzioni di fabbricati) sarebbero, non a carico personale del gravato, ma de' beni medesimi, la cui importanza sarebbe scemata di altrettanto, prima pel gravato e poi pe' chiamati: si potrebbe per questo caso alienare o ipotecare una parte de' beni, seguendo le forme richieste pe' beni de' minori (*ivi*).

Dalle circostanze si vedrebbe se una prescrizione decorsa a favor del gravato durante il suo godimento si sia compiuta per lui personalmente o per conto della sostituzione. Circa a quella decorsa per terzi sopra beni della sostituzione, avrà il suo effetto ordinario contro i sostituiti; chè niun testo dichiara imprescrittibili i beni gravati di sostituzione (*ivi*).

LXXV. — Tre cause aprir possono la sostituzione e così trasformare la speranza dei chiamati in proprietà attuale de' beni: 1.° la morte naturale o civile del gravato; 2° la sua decadenza pronunziata per non aver fatto nominare un tutore alla sostituzione, come vedremo più innanzi (art. 1057). 3.° l'abbandono volontario che fa il gravato della sua proprietà a' chiamati prima della sua morte. — Quest' attribuzione de' beni a' chiamati vivente il gravato sarebbe non avvenuta pe' chiamati che nascer potessero più tardi, e anche per quelli che, attualmente viventi, non avessero voluto accettarla; per essi non si farebbe mai l'apertura diffinitiva e la divisione de' beni se non alla morte del gravato e secondo lo stato della famiglia a tal epoca. Ma questa attribuzione anticipata

sarà diffinitiva per coloro che avran consentito ad accettarla come tale. Invano obbietterebbesi, non parlare il Codice che d'un abbandono del godimento, il che dee far pensare che l'abbandono diffinitivo della proprietà non sia permesso; chè la proprietà del gravato intende il Codice designare con questo nome improprio: è evidente, poichè esso pone per principio generale che il dritto de' chiamati s' aprirà quando cesserà il *godimento* del gravato. La terza causa è applicabile per le sole sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, poichè spesso cagionerebbe tra' figli un'inuguaglianza di parti, cui il Codice punto non consente. — Del resto, l'abbandono anticipato mai non potrà nuocere nè a' creditori del gravato anteriori all' abbandono nè a coloro a' quali esso gravato avesse consentiti de' dritti reali sui beni (art. 1053).

Il giungere dell' avvenimento o dell' epoca, salvo la morte del gravato, segnati dal disponente come termini della sostituzione dà egualmente adito al dritto de' chiamati; ma è noto che allora non vi sarebbe più una sostituzione propriamente detta, non essendovi onere di conservare fino alla morte. Una tal disposizione sarebbe stata nulla, è vero, innanzi la legge del 1826, e lo sarebbe ancor oggi dopo la legge del 1849, dappoichè presenta una violazione indiretta della regola che vieta di far restituire i beni a una parte soltanto de' figli; ma è chiaro che nulla à d' illegale nelle liberalità fatte sotto la legge del 1826, e che deve per esse applicarsi (*ivi*).

LXXVI. — Sonosi ancora presentati come cause d'apertura della sostituzione, 1° l'abuso di godimento del gravato; 2° la rivocazione della sua liberalità per ingratitudine e per inesecuzione delle condizioni, e 3° il suo rifiuto d' accettar la disposizione, quando si tratta d' un legato. Questa dottrina ci sembra inesatta.

E primamente l' abuso di godimento è pure una causa di decadenza contro un usufruttuario; ma il gravato è proprietario, epperò questa regola, che è una disposizione penale e quindi non può estendersi oltre i suoi termini, non gli è punto applicabile: l' abuso potrà dunque solo dar luogo rispetto a lui a danni e interessi pel passato e a misure conservatorie per l' avvenire. — La rivocazione della liberalità neppure può aprir il dritto de' chiamati. Se è pronunziata per inesecuzione degli oneri, è chiaro che produce la nullità intera della liberalità fatta a condizione di tali oneri, o che questa liberalità sarà non avvenuta pe' sostituiti come pel gravato. Se à luogo per l' ingratitudine del gravato, è ben vero che non può nuocere a' chiamati, i quali non debbono, innocenti donatari che sono, esser colpiti a cagione del donatario colpevole; ma neppur dee loro profittare, procacciando ad essi immediate de' beni a cui non son chiamati che per la morte del loro autore. Questi beni ritorneran dunque al donante o agli eredi del testatore, ma gravati di sostituzione come erano presso il donatario o il legatario ingrato, e salvo ad esser restituiti a' chiamati alla morte del gravato, come se la rivocazione non avesse punto avuto luogo. — Circa al rifiuto che facesse un legatario d'accettare il legato che gli è offerto con onoro di sostituzione, è chiaro che in cambio d' aprire il dritto de' sostituiti, impedirebbe anzi che la sostituzione si formasse.

LXXVII. Morto il gravato, i sostituiti non ànno da domandare agli eredi che il rilascio de' beni. Egli è evidente, poichè sono donatari o legatari, non del gravato, ma di esso disponente, e i beni pervengono loro *non a gravato, sed a gravante*. Tutt' i dritti del gravato sui beni risolvendosi plenamente con la sua morte, gli eredi aver non possono su quelli il dritto di possesso più che il dritto di proprietà: solo ne ànno il possesso di fatto, come di semplici depositari (ivi, n° VIII).

Senza permettere le sostituzioni che difficilmente e per eccezione, la legge non à però voluto che si potessero con uno stesso atto fare e disfare e crearle applicandovi degli oneri che potessero renderle senza effetto. Pertanto non può il disponente permettere al gravato di consentir a sua posta delle ipoteche, che avessero effetto contro i chiamati. La legge non permette questo effetto che per l' ipoteca legale della moglie del gravato in caso d' insufficienza degli altri beni del marito, e solo pel capitale delle somme dotali. Bisogna, del resto, che il disponente abbia dichiarata la sua volontà a tal riguardo in termini espressi. — Già non accade dire che i chiamati non potrebbero criticare nè le ipoteche nè le alienazioni consentite dal gravato, se fossero suoi eredi puri e semplici, e che non potrebbero nemmeno in tal caso (come permetteva l' antico dritto, con fine tutto aristocratico) ritogliere i beni alienati a' terzi, pagandone loro il valore (art. 1054).

§ 3.

Delle misure ordinate dalla legge nell'interesse de' chiamati.

LXXVIII. — In ogni sostituzione ed anche per quelle in cui i chiamati fossero attualmente maggiori e capaci, dee nominarsi un tutore incaricato di fare quanto sarà necessario per assicurar l'esecuzione dell'onere di restituire. Questo tutore, non dato *personae*, ma *rei*, e pel quale non v'è nè ipoteca legale nè tutor surrogato nè consiglio di famiglia, può esser nominato dall'autore della disposizione sia nell'atto stesso, sia in un atto posteriore, purchè allora sia autentico. Se a morte del disponente non v'è tutore da lui designato, il gravato o il suo tutore (se è minore o interdetto) è tenuto a farne nominar uno dal consiglio di famiglia entro il mese dalla morte o dalla cognizione posteriormente acquistata della disposizione. Se quest'obbligazione non è adempiuta, il gravato, sia minore, sia maggiore, esistano o no de' chiamati, è decaduto dal suo dritto, senza che vi sia luogo per lui a restituzione per l'insolvibilità del suo tutore. Se vi son de' chiamati, il loro dritto dee dichiararsi aperto sulla domanda che può esser formata, vuoi da essi stessi, vuoi da' loro tutori o curatori, vuoi da qualche loro parente, o anche dal pubblico ministero. Beninteso, quest' attribuzione a' chiamati attualmente viventi è condizionale nel senso che, se altri chiamati vengano a nascere posteriormente, i beni andran divisi con loro; ma non nel senso che i chiamati attualmente viventi non debbano serbar la loro parte che sopravvivendo al gravato. Il che è evidente, poichè qui non è più la morte del gravato che viene ad aprir la sostituzione, ma il fatto della sua decadenza. Che se non ancora vi son de' chiamati, gli eredi del disponente riprendono i beni per restituirli ai chiamati che potessero venir ulteriormente. Il tutore nominato alla sostituzione è nell'obbligo di accettare ogni qualvolta non sia in un de' casi di scusa preveduti nel titolo *della Tutela* (art. 1055, 1056).

La seconda formalità richiesta nell'interesse de' chiamati è l'inventario e la stima de' mobili compresi in ogni disposizione fatta a titolo universale con atto d'ultima volontà. Questa formalità dev'esser adempiuta dal gravato o dal suo tutore, in presenza del tutore alla sostituzione, fra' tre mesi dalla morte del disponente; in caso di inesecuzione il tutore alla sostituzione è tenuto di farvi procedere nel mese seguente, e, se nol facesse entro cotal termine, il dritto di richiederlo passerebbe in concorrenza a' chiamati o ai loro tutori o curatori, a' parenti di questi chiamati, e al pubblico ministero (art. 1058 1061).

Il gravato deve in terzo luogo far procedere alla vendita, per affissi e sull'incanto, de' beni mobili compresi nella sostituzione ad eccezione di quelli che il disponente avesse ordinato di conservare in natura, i quali passeranno a' chiamati nello stato in cui si troveranno all' apertura della sostituzione. Beninteso, la regola non s'applica a' beni che, mobili di loro natura, si trovino immobili per destinazione: quelli saran sempre conservati a patto che il gravato ne restituisca altri di ugual valore (art. 1062 - 1064).

La quarta ed ultima formalità è l'impiego de' danari che fan parte della disposizione. Tutti quelli che esistono alla chiusura dell'inventario debbono impiegarsi fra' sei mesi seguenti; quelli che prevengono da incassi posteriori fra' tre mesi. L'impiego, che deo sempre aver luogo a diligenza e in presenza del tutore alla sostituzione, deve, se il disponente non ne abbia indicata la natura, farsi o con privilegio su immobili o in acquisto d'immobili (art. 1065-1068).

§ 4.

Delle misure ordinate nell' interesse de' terzi.

LXXIX. — La legge impone al gravato e al tutore alla sostituzione l'obbligo di render pubblici la disposizione e l'onore di restituire che contiene, con la trascrizione dell'atto d'acquisto in quanto agl' immobili (che altro non è pe' beni donati in natura dal disponente se non l'atto stesso di liberalità), e in quanto alle somme impiegate con privilegio sopra immobili, con un' iscrizione presa su questi (articolo 1069).

Il manco di trascrizione o d' iscrizione può esser invocato contro il sostituito da creditori del gravato e da tutti coloro a favor de' quali egli avesse alienato i beni a titolo oneroso: non può mai esserlo da' donatari, legatari o eredi, sia del gravato, sia del disponente. In quanto a' creditori ed a' terzi acquirenti a titolo oneroso dal gravato, possono opporlo anche al sostituito minore o interdetto, salvo soltanto il costui regresso contro il gravato e il tutore all' esecuzione e senza ch' egli possa farsi restituire per l'insolvibilità del gravato o del tutore. Egli è così pur quando i creditori e i terzi acquirenti avessero conosciuto l' onere di restituire altrimenti che con la trascrizione o l'iscrizione (art. 1070 — 1074).

SEZIONE II.

Delle divisioni fatte dagli ascendenti tra' loro discendenti.

IXXX. — Nell' intento di prevenir le contestazioni a cui si spesso dà luogo la divisione de' beni d' un defunto, la legge permette agli ascendenti di fare essi stessi tra i loro discendenti la divisione de' loro beni mediante sia una donazione tra vivi, sia un testamento (art. 1075).

Benchè l' atto di cui qui trattasi non sia in fondo una liberalità ordinaria, ma sì una divisione, è però nel generale sottomesso alle regole dell' atto di cui riveste le forme. Così per esempio i genitori non potrebbero procedervi con un testamento congiuntivo; e quando si prenderà la forma d' una donazione tra vivi si richiederà l' accettazione espressa, lo spogliamento irrevocabile ecc. (art. 1076).

Quando questa divisione anticipata s' è fatta con donazione tra vivi, i condividenti, tuttochè siasi proceduto per attribuzione d' oggetti particolari, dovran pur sempre pagare i debiti dell' ascendente donante, poichè sarà sempre la divisione d' un patrimonio e il patrimonio non è che l' attivo diminuito del passivo; ma, siccome i donatari non possono esser qui i continuatori della persona, che ancora esiste, non saran dunque tenuti per questi debiti *ultra vires*, ma solo fino a concorrenza de'beni. Che se la divisione si faccia per testamento, i debiti saran pagati *ultra. vires*, salvo accettazione beneficiaria (*ivi*).

Giusta i principi generali sulle divisioni, quelli tra i beni lasciati alla morte che non fossero stati compresi nella disposizione sarebbero divisi secondo le regole ordinarie. Che se la disposizione non chiami tutt' i figli che trovinsi esistere alla morte ad accettare la successione questa disposizione è affatto nulla; e una nuova divisione può quindi esser provocata si da' figli trai quali si è fatto l' atto e si da quelli che non vi àn punto figurato. Se per contra un de' figli che figurano nella divisione muoia prima del disponente senza lasciar discendenti bisogna distinguere se la disposizione s' è fatta per donazione o per testamento: in caso di testamento, i beni che formavano la parte del figlio si trovano non più compresi nella divisione, e v'è luogo a fare per essi una nuova divisione, come si è detto; in caso di donazione, i beni, purchè il figlio non ne abbia disposto, ritorneranno all' ascendente donante nella cui successione gli altri verranno a prenderli mercè una nuova divisione alla morte di quello (art. 1067 — 1078).

Il genere di disposizione di cui trattasi in questa sezione non essendo una liberalità ordinaria, ma una divisione, non è da preoccuparsi qui di sapere se ciascuno de' figli abbia ottenuto o no tutta la parte di riserva a cui aveva dritto, ma solo di sapere se vi sia o no per loro lesione di oltre il quarto. Tosto che il figlio à almeno i tre quarti della sua parte esatta ne' beni divisi, non evvi rescissione possibile, ancorchè egli non avesse la sua parte intera di riserva; al contrario v' è luogo a rescissione quando egli non à i tre quarti, abbia pure più della riserva; ovvero quando, per effetto d' un dono precipuario, un de' figli si trovasse avere oltre la disponibile e la sua parte di riserva riunite. Del resto, queste due cause di rescissione sparirebbero, se nel primo caso si offrisse a colui che non à i suoi tre quarti il supplimento della sua porzione e nel secondo il figlio troppio vantaggiato offrisse di restituire ciò che abbia oltre il permesso dalla legge (art. 1079). Ad ogni modo presumendo la legge fino a prova contraria l' esatezza della divisione e non volendo che il figlio sì di leggieri si faccia a chiederne la rescissione, dichiara che l' attore sarà tenuto ad anticipare le spese della stima e che se soccombe sopporterà da solo tutte le spese in eccezione alla regola che tra' fratelli e sorelle autorizza a compensarle (art. 1080).

TITOLO TERZO

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

(Decretato il 7 febbraio 1804. — Promulgato il 17)

376. Non ci à per avventura cosa più viziosa del metodo seguito da' compilatori del Codice nella materia a cui siamo giunti: o piuttosto si vedrà esservi mancanza assoluta di metodo.

377. *Obbligazione* è una necessità giuridica, un legame civile, che astringe la tal persona, specialmente, a una prestazione qualunque a favor di un' altra.

Vi sono cinque sorgenti d'obbligazioni: 1. i contratti o convenzioni 2. i quasi contratti; 3. i delitti; 4. i quasi delitti; 5. la legge (art. 1101 e 1307 — 1054 e 1324).

— Le obbligazioni risultanti da una convenzione, da un contratto, si appellano naturalmente *convenzionali* o *contrattuali* per distinguerle da quelle che emanano dalle al-

tre quattro sorgenti, epperò si formano senz' alcuna convenzione.

Ciò posto, è evidente che, a voler procedere con ordine e in un modo razionale, bisognava abbracciare in un sol titolo tutta la materia **DELLE OBBLIGAZIONI** considerata **IN GENERALE.** In questo titolo unico si sarebbe trattato separatamente **1.** *delle sorgenti* delle obbligazioni in una parte in cui sarebbesi prima trattato col necessario sviluppo delle convenzioni o contratti, per poi passare alle altre quattro sorgenti; **2.** *delle diverse specie* d' obbligazioni; **3.** de' loro *effetti* ecc.

Così avea proceduto il Pothier.

I redattori del Codice all' opposto àn cominciato dal dividere la materia delle obbligazioni (considerata in generale) in due titoli, l' uno per le *Obbligazioni convenzionali senza convenzione*; e come per dissimulare l' unità naturale della materia che sottoponeano a questa divisione illogica, si sono avvisati di riservare il nome di *obbligation* a quelle che si risultano dalle convenzioni, dando alle altre il nome di *engagement* benchè riconoscessero in fondo che *engagement* e *obbligation*, *être obligé* e *être engagé* sono affatto sinonimi (art. 1108, — 4° 1425; 1270, 1274 — 2. 1382).

Perchè piupparte delle regoli generale tracciate dal nostro titolo per le obbligazioni convenzionali s' applicano eziandio e necessariamente alle obbligazioni non convenzionali, perciò i compilatori ànno avuto si poco da dire quando son giunti al secondo titolo delle Obbligazion il quale infatti si compone di *diciassette articoli*, laddove il primo ne contiene circa *trecento*. Per la forza stessa delle cose la quasi — totalità della materia del secondo titolo si trovava già spiegata nel primo.

378. Se questo primo vizio del sistema fosse il solo sarebbe di fermo poco pericoloso. Ma l' errore che à prodotto questo primo risultato ne à ingenerati altri assai più pregiudizievoli e che fanno di parecchie parti del nostro titolo un miscuglio d' idee incoerenti, di mezzo alle quali non si può cavare un costrutto che attenendosi costantemente al principio cui i nostri redattori àn perduto di vista. Questo principio, che essi beninteso ammettevano, ma che troppo spesso ànno obbliato, si è altro essere *il contratto*, che dà nascimento all' obbligazione, altro essere *l' obbligazione convenzionale*, la quale non è che lo effetto del contratto. Ad ogni piè sospinto nel nostro titolo i redattori àn confusa la convenzione, il contratto con l'obbligazione che ne emana,e questa confusione produce sotto la loro penna una redazione che spanderebbe molta oscurità nelle idee, se non si avesse cura di tener sempre a mente la distinzione da loro obbliata.

E in prima la stessa rubrica del nostro titolo comincia dal dirci che esso tratterà, in generale e senza entrar nelle regole particolari, *de' contratti, o delle obbligazioni convenzionali*; così presentando come una cosa sola l' obbligazione e il contratto che le dà origine. Vero è che taluni interpreti (massime Toullier e Demante), àn voluto dissimulare siffatta redazione, scrivendo *de' contratti* E *delle obbligazioni convenzionali*; ma è certo che il testo ufficiale porta *o*; non è men certo che questa congiunzione vi fu messa a disegno come un sinonimo di *cioè* e per identificare l' obbligazione con la convenzione medesima, col contratto. Ascoltiamo parlare nel Corpo legislativo il Bigot, estensore del progetto : « Legislatori, dic' egli, il titolo del Codice che à ad obbietto i contratti *o* le obbligazioni convenzionali, offre. . . . » Più innanzi, parlando del primo capitolo, che ci presenta la definizione e la classificazione dei *contratti* (art. 1101-1107) ovechè la divisione delle *obbligazioni* verrà più in là (cap. IV, art. 1168, 2233), dice che questo cap. I à per obbietto di *dividere* LE *obbligazioni nelle loro varie categorie*, continua dicendo che « la divisione delle *obbligazioni*, quale la presenta questo capitolo , differisce da quella del dritto romano ; chè a Roma le *obbligazioni* che non eran designate specialmente nelle leggi appellavansi *contratti innominati* ! ! ! » Terminata poi l' analisi di questa pretesa classificazione delle *obbligazioni*, dice : « Dopo aver così distinti i vari generi di *contratti*...»

379. Cotalchè, nel linguaggio, inaudito finallora, de' compilatori del Codice, *contratti* e *obbligazione* son termini sinonimi, che esprimono una sola, e medesima idea; e il nostro titolo si occupa *de' contratti*, CIOÈ *delle obbligazioni convenzionali*.

Le conseguenze di questa incredibile confusione si faranno spesso notare nella redazione del cap. II del nostro titolo ; ma più nel cap. III. Questo capitolo è intitolato « *Dell' effetto delle obbligazioni*; or comincia dall' indicare in una 1a sezione gli effetti delle *convenzioni* ; indi mescola nella sezione II gli effetti di certe *convenzioni* con quelli di certe obbligazioni, e dopo aver trattato delle obbligazioni soltanto nelle sezioni III e IV, ritorna alla *interpretazione delle convenzioni* nella V e all' *effetto delle convenzioni* verso i terzi nella VI. Sicchè si allogano fra gli EFFETTI *delle obbligazioni* talune regole relative alle *convenzioni* ossia alle CAUSE delle obbligazioni !

Eppure Pothier, che i nostri redattori copiavano , e talora anzi troppo servilmente ,

nffriva nell' andamento del suo trattato un ordine perfettamente logico. Ecco il suo piano in poche righe: *Delle obbligazioni — Cos'è un' obbligazione* (n. 1)? — *Fonti delle obbligazioni: ciò sono i contratti, i quasi-contratti, i delitti, i quasi-delitti, e talvolta la legge* (n. 2). — *De' contratti*; *dell' effetto de' contratti*; *dell' interpetrazione de' contratti* ec. (n. 3-112). — *Del quosi-contratto* (113-115). — *De' delitti e de' quasi-delitti* (116-122). *Della legge* (123). Dopo aver così trattato *delle fonti* delle obbligazioni, il Pothier parla: *dell' obbietto delle obbligazioni* (129-140); — *dell' effetto delle obbligazioni* (141-172); — *delle diverse specie d' obbligazioni* (173-436); — *dell' estinzione delle obbligozioni* (157-693); — e in fine *della prova delle obbligazioni e di quella del loro pagamento* (694-838).

A prima giunta potrebbe credersi che Pothier e i compilatori del Codice si trovino almen d'accordo per la seconda metà della materia che trattano, dacchè le ultime tre divisioni ànno in lui e in essi per obbietto 1° le *varie specie* delle obbligazioni, 2° la loro *estinzione*, e 3° la loro *prova*. Ma, riflettendovi alquanto, tosto si comprende che il piano de' nostri compilatori ne' due titoli che alle obbligazioni consacrano assegna agli ultimi tre capitoli del nostro titolo un obbietto diverso da quello delle ultime tre parti del trattato di Pothier e più stretto. Pothier in fatti trattava *d' ognichessia* obbligazione avente una fonte qualunque, laddove il nostro titolo non versa negli ultimi tre capitoli che su *le specie, l' estinzione e la prova delle* OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI. E qui di nuovo apparisce l' inesattezza che trae seco il sistema vizioso del Codice; chè è ben patente come, malgrado la divisione contraria de' redattori, questi tre capitoli abbracciano altresì inevitabilmente le diverse specie, l'estinzione e la prova delle obbligazioni non convenzionali. Così per es., non ci à forse altro obbligazioni solidali, tranne quelle che risultano da una convenzione? forsechè le sole obbligazioni convenzionali estingue il pagamento? Dove stan le regole an l' estinzione e la prova delle obbligazioni non convenzionali, se non istanno nel nostro titolo?... È dunque certo, che nonostante la sua rubrica, il nostro titolo contieve de' principî generali, che abbracciano le obbligazioni non convenzionali come quelle che risultano da un contralto.

380. Certo, quando si paragonano il piano cotanto logico che i nostri legislatori del 1804 avevan sott' occhio e la singolar confusione d' idee in cui si cacciarono, devesi stupire di legger nel Duranton (X-8): « Quest' ordine *sì metodico* e ad un tempo *sì razionale* adottato da' compilatori del nostso Codice è dovuto al dotto e giudizioso Pothier il quale nel suo *Trattato delle Obbligazioni* aveva posto a' nostri legislatori un piano, *cui eglino furon solleciti di adottare.* »

Si vede all' opposto che i nostri compilatori ànno stranamente scompigliato il piano del Pothier, che è al tutto innocente degli errori ad essoloro imputabili; e non s' intende come abbia il Duranton potuto scrivere e mantener ancora nella sua ultima edizione la frase che qui rileviamo...

Dopo le nostre prime edizioni, è venuto il Poujol a trattare anch' egli questa materia delle *Obbligazioni*, e con increscimento abbiamo osservato che ad esempio de' nostri antecessori, egli non rileva alcuna delle tante e pericolose inesattezze de' redattori, e le presenta anzi come regole affatto razionali. Così, volendo esporre le idee fondamentali della materia e dar una giusta idea del suo complesso, egli crede (così dice) non poter meglio assegnir lo scopo che riferendo le osservazioni del Bigot; e infatti toglie a introduzione il singolar passaggio in cui il Bigot svolge la sua confusione dell' obbligazione col contratto, e ci dice tra le altre cose, come di sopra si è veduto, che *le obbligazioni* senza special designazione nella legge chiamavansi a Roma *contratti innominati*! Questo sistema del Poujal è da lui applicato in tutto il corso del suo lavoro, ove le idee talora sì false de' redattori son maisempre adottate come sarebbero i principî più esatti.

E non pure l' onorevole magistrato non è rettificato alcuno de' falsi principî de' compilatori, ma è andato più oltre di loro, più oltre del Toullier e del Duranton, in quella via sì funesta alla scienza (V. la spiegazione dell' art. 1109).

381. In riassunto, e per indicar qui l' oggetto vero del nostro titolo, diremo.

Il titolo pone de' principî generali su' contratti dapprima, indi sulle obbligazioni emananti sia da' contratti, sia da ogni altra fonte. — Esso è diviso in sei capitoli che trattano, il 1° della natura e della classificazione de' contratti; il II° delle condizioni necessarie per la formazione e la validità dei contratti, il III° dell' effetto de' contratti e dell' effetto delle obbligazioni (contrattuali o non contrattuali); il IV° delle varie specie d' obbligazioni; il V° dell' estinzione delle obbligazioni; il VI° della prova delle obbligazioni e di quella del loro pagamento. — Il titolo seguente tratta delle fonti d' obbligazioni altre che il contratto.

Il lettore già s' aspetta che noi daremo l' epilogo di questo titolo una a quello del seguente, per abbracciare in un medesimo

lavoro tutta la materia delle obbligazioni. Ma in quanto al commentario, seguiremo come sempre le divisioni e gli articoli del Codice, tranne pel cap. III del presente titolo, in cui ci sarà forza invertir l' ordine delle sezioni,

CAPITOLO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI.

382. Abbiam detto che questo capitolo à per obbietto la definizione del contratto produttivo d' obbligazioni e la classificazione delle sue varie specie.

1101. [1055]. Il contratto è una convenzione mediante la quale una o più persone si obbligano, verso una o più persone, a dare, a fare o a non fare qualche cosa.

SOMMARIO.

I. Cosa è un contratto. — La definizione dell' articolo, già poco esatta pel dritto antico, si trova al tutto insufficiente nel sistema del Codice; dacchè s' applica ad una sola delle tre specie di contratti, al contratto che produce obbligazioni.
II. Cos' è l' obbligazione. — Divario tra le obbligazioni e i doveri generali. Rinvio per un errore del Troplong.

I. — 383. La definizione che questo articolo dà del contratto, e che gli sarebbe convenuta (presso a poco) un tempo, è profondamente inesatta ed eccessivamente stretta nel sistema del Codice, che à di tanto ampliato il senso della parola *contratto*, e fattala divenir sinonimo di *convenzione*. Ciò richiede qualche sviluppo.

Tutte le volte che due o più persone s' accordano tra loro, quale che sia l' obbietto del loro accordo (purchè però abbiano inteso fare un atto giuridico), avvi unione di volontà, *consensus in idem placitum*; a dir breve, convenzione. La convenzione infatti (da *venire cum*, riunirsi, incontrarsi), altro non è che l' accordo delle volontà. Se l' oggetto, sul quale si è venuti d' accordo, non à nulla di giuridico, se per esempio noi ci siamo promesso a vicenda che l' un di noi andrebbe a prender l' altro per fare una passeggiata insieme, vi sarà pur sempre convenzione, ma gli è un atto di cui non s' occupa la legge e che noi non abbiam punto da considerar qui: noi non parliamo che della convenzione giuridica, di quella che dev' esser legge tra le parti (art. 1134).

I possibili oggetti d' una convenzione variano all' infinito; ma tutti rientrano in un piccolissimo numero di categorie. Un tempo ve ne avea due, alle quali una terza ne à aggiunta il Codice. Nel dritto romano e nella nostra giurisprudenza antica la convenzione avea sempre per obbietto, o 1° di crear delle obbligazioni, o 2° d' estinguere delle obbligazioni preesistenti. « Una convenzione, diceva Pothier (n° 3), è il consenso di due o più persone per formar tra loro qualche obbligazione, o per risolverne una precedente... » Ma oggi la convenzione può inoltre aver per obbietto e per effetto immediato, 3° di trasferire la proprietà (V. art. 1138).

Le convenzioni son dunque nel nostro dritto, o 1° creature d' obbligazioni, o 2° estintive d' obbligazioni, o 3° traslative di proprietà o di smembramenti di proprietà.

Di queste tre classi di *convenzioni* la prima sola dovrebbe, rigorosamente, ricevere il nome di *contratto*; giacchè per *contrattore* si è sempre inteso legarsi, imporsi un legame, sottomettersi a un' obbligazione; di guisa che il contratto era la convenzione obbligatoria, la convenzione produttiva del vincolo giuridico. Laonde leggesi in Pothier (*ivi*): » Un contratto è *una specie* di convenzione. La specie di convenzione che à per oggetto di formar un' obbligazione è quella che appellasi *contratto*. » Ma il Codice nel nuovo linguaggio che adotta confonde il contratto con la convenzione, per esso tutte le convenzioni sono contratti; e, siccome confonde poi il contratto coll' obbligazione che scaturisce da quello, ne segue che l' *obbligazione*, il *contratto* e la *convenzione* spesso diventano ne' suoi testi espressioni sinonime che rappresentano una medesima idea. Così negli art. 1136, 1138, 1140, 1141 parleremo dell' *obbligazione* di donare o di dare in proprietà un oggetto determinato, per indicar la *convenzione* di trasferire la proprietà di esso oggetto. Così ancora l' art. 711 ci à parlato dell' acquisto della proprietà *per effetto delle* OBBLIGAZIONI, non solo ad indicar la *tradizione*, che è pur realmente un effetto e una conseguenza dell' obbligazione, ma ad indicare altresì la *convenzione* medesima.

384. Del resto, se l' identificare l' obbligazione col contratto che le dà origine produce, come si è veduto, delle conseguenze che non permettono di ciò fare, non è lo stesso per l' identificazione del contratto con la convenzione, e nulla vieta di seguire su questo punto la terminologia del Codice.

(1) Il ragguaglio tra gli articoli francesi e quelli delle nostre LL. CC. lo daremo tutto insieme in un' Appendice alla fine del titolo. *Il Trad.*

venduta la vostra casa o ceduto l' usufrutto del vostro fondo,è ben vero che voi siete tenuto a non venirmi a turbare nel godimento dell' immobile; ma la non è punto una *obbligazione* di *non* fare. Dappoichè questa necessità non à nulla che vi sia personale, è comune a tutti; è per voi, come per gli altri, la conseguenza e la correlazione del mio dritto reale, esistente *erga omnes*. Questa necessità generale e comune a tutti che corrisponde al dritto reale, forma un dovere che ciascuno è senza dubbio tenuto di rispettare al pari d' un' obbligazione personale: ma non costituisce punto quest' obbligazione la quale mai non consiste se non nella necessità particolare alla tal persona e che corrisponde al dritto puramente personale, al credito Noi abbiamo già indicata questa idea importantissima a cogliere nel confutar la dottrina del Troplong sulla pretesa natura reale del dritto de' conduttori di immobili (art. 526, n° IV).

1102. [1056]. Il contratto è *sinallagmatico* o *bilaterale*, quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri.

1103. [1057]. *È unilaterale*, quando una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione.

388. I contratti produttivi d' obbligazioni sono bilaterali o unilaterali, secondo che creino delle obbligazioni da ambe le parti o da una parte sola. Così, quando noi conveniamo che voi mi costruirete una casa per 25, 000 franchi, il contratto è bilaterale o sinallammatico, dacchè siamo obbligati l' un verso l'altro, voi a far la costruzione, io a pagarvene il prezzo. Al contrario, quando io deposito presso di voi il mio cavallo o v'incarico d' un mandato che voi accettate, il contratto è unilaterale; chè voi solo siete obbligato a conservare e restituirmi il mio cavallo o ad eseguire il mandato onde vi siete incaricato.

Senonchè molti contratti unilaterali presentano, in riguardo all' obbligazione attuale imposta ad un de' contraenti, un' obbligazione alla quale l' altra parte trovasi eventualmente sottomessa. Così, quando voi vi obbligate a conservare e restituirmi l' oggetto che io deposito presso voi, io m' obbligo con ciò a ristorarvi delle spese che potrà farvi fare l' esecuzione di questo mandato. Ma si vede che queste obbligazioni, di cui il contratto fa solo nascere l' eventualità, la possibilità, non si avverano che mercè fatti posteriori, mercè l' esecuzione della convenzione.

Il contratto, che in tal caso s' appella sinallammatico imperfetto, è dunque pur sempre unilaterale, e non sarebbe sottomesso alla regola dell' art. 1325, che vuole che lo scritto destinato a far prova d' un contratto sinallammatico sia fatto in doppio originale.

1104. [1058]. *È commutativo*, quando ciascuna parte si obbliga a dare o a fare una cosa che viene riguardata come l' equivalente di ciò che le si dà, o di ciò che si fa per essa.

È contratto *aleatorio*, quando l' equivalente consiste nell' avventurare, tanto da una parte che dall' altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto.

389. Questo opposizione tra il contratto commutativo e l' aleatorio non avrebbe dovuto venire che dopo gli art. 1105 e 1106, i quali dividono i contratti in contratti di *beneficenza* e contratti a *titolo oneroso*; giacchè è una suddivisione del contratto a titolo oneroso.

Il contratto è a titolo oneroso, quando ambe le parti intendono procurarvisi un vantaggio. Se da ambe le parti il vantaggio è certo, il contratto è commutativo; se al contrario, il vantaggio che ricerca ciascuna delle parti o una di esse è sottomesso a una eventualità, *alea*, il contratto è aleatorio. Così, quando io vi abbandono la raccolta che i miei frutteti sieno per dare fra tre o quattro mesi, in permuta della pesca che voi farete in questa settimana, di guisa che nulla di certo vi à da alcuna parte, evvi contratto aleatorio; e sarebbe lo stesso se io vi vendessi la raccolta futura de' mie frutteti per una somma fissa di 300 franchi, benchè non vi sarebbe da correre eventualità nell' avvenire che per una parte soltanto.

Vero è che il testo del nostro articolo esigeva sia *eventualità di lucro* o *di perdita per ciascuna delle parti*. Ma l' art. 1964 spiega che il contratto aleatorio è quello i cui effetti dipendono da un evento incerto in quanto ai vantaggi e alle perdite, sia per tutte le parti, sia *per una o più fra esse*. » Senzachè, pur quando la prestazione di una delle parti è immediatamente fissata e non v'è altro d' incerto che il suo equivalente, si può ancora dire esservi eventualità di lucro, o di perdita per ambe le parti, e tal sembra essere il pensiero de' redattori nel nostro articolo. Quando per esempio io vi vendo la mia gittata di reti per 25 franchi, è

chiaro che perderò in questo negozio, se trarrò sn 40 franchi di pesce. e che all'opposto vi guadagnerò, se non ne traggo che 10 o 12 franchi.

1105. [1059]. Il contratto *di beneficenza* è quello in cui una delle parti procura all'altra un vantaggio meramente gratuito.

1106. [1060]. Il contratto *a titolo oneroso* è puello che assoggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa.

390. Abbiam già detto che il contratto a titolo oneroso, definito poco esattamente dal nostro art. 1106, è quello in cui ciascuna delle parti intende procacciarsi un vantaggio e far un affare interessato. Il contratto è di beneficenza, al contrario, quando una delle parti rende all'altra nn servigio, procacciandole un vantaggio che non riceve equivalente.

Così, quando voi mi prestate il vostro cavallo, o vi incaricate d'un deposito ch'io v'affido, o accettate il mandato ch'io v'offro, il contratto è dal canto vostro un atto di beneficenza, un servigio gratuito. Che se per contra voi stipulaste un prezzo pe' vostri servizi, allora il commodato, il deposito o il mandato si trasformerebbero in locazione e diverrebbero dei contratti a titolo oneroso.

Diciamo che la definizione data dall'articolo 1106 non è rigorosamente esatta. Così per esempio, quando io vi devo una botte d'olio e voi consentite a tenervi per soddisfatto a condizione ch'io vi paghi nna somma di ... fra tre mesi, qnesto è un contratto unilaterale col quale io solo son obbligato: eppure è ben evidente che questo contratto è a titolo oneroso. Ha dunque torto l'articolo di esigere che il contratto assoggetti *ciascuna* delle parti *a dare* o *a fare* alcuna cosa.

1107. [1161]. I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non ne abbiano, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto del presente titolo.

Le regole particolari per determinati contratti vengono stabilite in appresso sotto i titoli relativi a ciascuno di essi: e le regole particolari risguardanti le contrattazioni commerciali vengono stabilite dalle leggi sul commercio.

391. I diversi contratti, con cui le persone possono obbligarsi tra loro, variano talmente, che era ben impossibile d'assegnar a ciascuno un nome particolare. Pertanto, come presso i Romani, vi saran fra noi contratti *nominati* e contratti *innominati*. Ma la similitudine non va mica più in là: a Roma, ogni contratto, che, non era *nominato*, cioè specialmente e nominativamente preveduto dalla legislazione non potea risultare dal solo consenso, dal semplice accordo delle parti (accordo il quale sarebbe stato un mero patto non civilmente obbligatorio), non si formava che coll'esecuzione del patto, *re*, in guisa che allora eravi contratto innominato, quando altri si poneva in nn caso preveduto da una di queste formole: *DO ut des*, *DO ut facias*, *FACIO ut des*, *FACIO ut facias*; tra noi, all'incontro i contratti innominati si formeranno col solo consenso al pari dei contratti nominati; giacchè tra noi non vi son più patti e il semplice accordo d'obbligarsi crea immediate l'obbligazione e costituisce il contratto.

Del resto, laddove il contratto *nominato*, designato dalla legge, sarà di necessità sottomesso alle regole speciali che il Codice ci presenterà più innanzi, il nostro articolo non poteva sottomettere i contratti innominati in massa che ai principii generali a cui è consacrato il nostro titolo; ma ciò non impedirebbe di applicare a un contratto innominato tutte o alcune delle regole del contratto nominato, col quale si trovasse aver maggiore analogia.

392. I contratti, oltre alle loro divisioni 1. in *sinallommatici* e *unilaterali*, 2. in *gratuiti* e *onerosi* (i quali ultimi si suddividono poi in *commutotivi* e *oleatori*) e 3. in *nominati* e *innominati*, dividonsi ancora 4. in *principali* e *accessorii*, e 5. in *solenni* e *non solenni*.

Un contratto è principale o accessorio secondo che può aver esistenza propria o che non può formarsi se non connettendosi a un altro. La concessione d'un'ipoteca, per esempio, è nn contratto accessorio.

Il contratto è o no solenne secondo che la sua esistenza legale dipende o non dipende da formalità che debba compiere un ufficiale pubblico. Senza parlar quì del matrimonio e dell'adozione che non son punto contratti pecuniari, e di cui pertanto non s'occupa il nostro titolo, vi son nel Codice tre contratti solenni, la donazione, il contratto d'ipoteca e il contratto (pecuniario) di matrimonio, i quali, non possono formarsi che con la redazione d'un atto notariale (art. 931, 1394 e 2127). — I contratti solenni, non potendo formarsi che mediante la scrittura pubblica, sono perciò contratti letterali. E' sono, del resto, i soli contratti letterali; giacchè, se in certi casi, un testo speciale esige uno scritto quando l'oggetto del contratto ecce-

de 150 franchi, gli è soltanto per la prova del contratto, non per la sua validità (art. 1341, 1834, 2044).

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per la validità delle convenzioni

1108. [1062]. Quattro condizioni sono essenziali per la validità d'una convenzione:

Il consenso di colui che si obbliga;

La capacità di contrattare;

Un oggetto determinato che formi il soggetto della convenzione,

Una causa lecita per obbligarsi.

SOMMARIO.

I. Queste condizioni sono essenziali non per l' esistenza del contratto, ma per la sua validità.
II. *Condizione* 1.: accordo delle volontà. — Della pollicitazione. L' accettazione della seconda parte non à duopo d' essere conosciuta dalla prima onde si formi il contratto. Dissenso con Merlin, Tullier ecc.
III. *Condizione* 2.°: capacità legale della parte che si obbliga. Lo stato di colui ch' è privato della ragione non costituisce una semplice incapacità legale, ma una mancanza di volontà, la quale impedisce che il contratto si formi. Critica dello Zachariae.
IV. *Condizione* 3.°: un obbietto dell' obbligazione lecito e sufficientemente determinato.
V. *Condizione* 4.°. una causa lecita dell' obbligazione.
VI. In certi casi fa mestieri d' una quinta condizione.

I. 393. Questo articolo c' indica le condizioni essenziali, gli elementi indispensabili, non già per *l' esistenza* d' una convenzione, sibbene per la validità sua. Qui come per le domande di nullità di matrimonio (art. 180), come per l' azione di nullità delle convenzioni; (art. 1344), la legge non s' occupa de' casi in cui il contratto non esiste punto, ma solo dei casi in cui sia affetto da un vizio che possa farlo annullare.

Si è dunque avuto torto di criticar la parola *essenziali* usata nel nostro articolo e nella rubrica del nostro capitolo. « Le condizioni richieste, si è detto, non son tutte essenziali, chè, malgrado l' incapacità d' una parte, per esempio, il contratto si formerebbe parimenti. Tanto vero che sarebbe inoppugnabile per l'altra parte (art. 1125), e lo diverrebbe eziandio per la parte incapace dieci anni dopo cessata la sua incapacità (art. 1304). » Senza fallo la capacità non è essenziale per la formazione del contratto, ma lo è per la validità; e delle condizioni essenziali *per la validità* parlano la nostra rubrica e il testo del nostro articolo. Non v' è dunque alcun rimprovero da fare sotto questo rispetto alla redazione del Codice.

Del resto, non occupandosi che dei contratti viziosi e non di quelli che non esistono punto, enumerando gli elementi essenziali alla validità del contratto, la legge c' indica pure, e forzosamente, quelle tra esse condizioni che sono indispensabili proprio per la formazione del contratto. Tale è il consenso, senza di cui evidentemente non può sussistere la convenzione.

Le condizioni essenziali alla validità del contratto e *fra* le quali pertanto si trovan quelle essenziali alla sua esistenza, sono in numero di quattro.

II. 394. La legge esige in prima *il consenso della parte che si obbliga*, ossia il suo assenso alla volontà precedentemente manifestata dall' altra parte. Difatti la parola *consenso* suppone una volontà prima con la quale viene ad accordarsi la volontà di colui che consente; chè l' uomo non può consentire egli solo. — Tuttavia la redazione della legge è qui poco esatta. Chè, da una banda in articolo parrebbe dire che una sola parte si obbligherà, laddove bisognava egualmente prevedere il caso non men frequente di obbligazioni reciproche, di contratti sinallamatici. E poi anche nel caso di contratto unilaterale, non sempre la parte che sola si obbliga verrà a consentire alla proposizione dell' altra: questa proposizione potrà bene esser fatta dalla parte che deve obbligarsi; e darà allora l' altra il suo consenso. Conveniva dunque esigere, in un modo più generale, *il consenso delle parti*.

La proposizione di colui che offre di obbligarsi, sinchè non è accettata dall' altra parte, si chiama d' ordinario *pollicitazione* (da *polliceri* promettere). Questa pollicitazione, finchè non venga ad aggiungervisi l' accettazione dell' altra parte, non produce effetto di sorta e però sempre può esser rivocata (art. 1211—3 e 1261). All'opposto, tosto che l' assenso della seconda parte si manifesta e viene a unirsi, in qualunque siasi epoca, all' offerta fatta dalla prima, purchè sia in un momento in cui questa è ancor vivente e in istato di consentire, il contratto si forma, l'obbligazione esiste e la pollicitazione non può più esser ritirata. Egli è evidente altresì che se il proponente avesse accordato all' altra parte un termine per accettare, non potrebbe rivocar le sue offerte prima di spirar questo termine; e che al contrario, se avesse dichiarato di non offrire se non a condizione che l'accettazione si farà entro il tal termine, le offerte sarebbono rivocate *ipso facto* con la scadenza del detto termine.

395. Tutto ciò è senza difficoltà; ma gli è un punto assai controverso quello di sapere se basti per la formazione del contratto che le offerte sieno accettate in tempo utile, o faccia d' uopo che l' accettazione sia pervenuta a conoscenza del proponente. La qual quistione si presenta massimamente nelle vendite per corrispondenza.

Si dice da una banda che un consenso *retentum in mente*, una volontà non conosciuta, è in dritto come inesistente (1); ma si risponde che la volontà non è più *in mente retenta* dal momento che è espressa, manifestata, e comunque la sua manifestazione non sia peranco giunta all' altra parte (2): e tale è la nostra opinione. Se bisognasse attendere che il proponente conoscesse la volontà dell' accettante, converrebbe esigere eziandio, per esser conseguente, che questo accettante sapesse a sua volta che la sua volontà è arrivata a contezza del proponente prima che questi avesse rivocata la sua; chè fino allora questo accettante potrebbe dire, giusta lo stesso principio, che non sapeva se il contratto era o no formato e che niuno può trovarsi legato da un contratto a sua insaputa. Dove ci fermeremmo, in questa necessità per ciascuna parte di conoscere il pensiero attuale dell' altra? Senza dubbio una volontà *retenta in mente* è in dritto come non esistente, ma noi qui supponiamo da ambe le parti una volontà espressa, fatta aperta. Sinchè dunque la volontà manifestata dal proponente non è da lui ritirata, esiste; e tosto che quella dell' accettante si manifesta a sua volta, le due volontà coesistono, ci à contratto. La regola diversa fermata dall' art. 932 per le donazioni è evidentemente, come la più parte delle regole della stessa materia, un' eccezione che non si può far generale. Oltre chè noi abbiam veduto che il manco di notificazione non nuoce alla perfezione del contratto se non in quanto al donante; il contratto si forma pur sempre coll' accettazione del donatario; soltanto è risolubile con la rivocazione che facesse il donante.

III. — 396. La seconda condizione necessaria per la validità del contratto è la capacità della parte che si obbliga.

Qui di fermo la condizione è richiesta nella sola parte che s' obbliga; chè quella che non si obbliga non à d' uopo d' esser capace d' obbligarsi: l' incapace, purchè d' altronde sia in istato di consentire e consenta, può sempre obbligare gli altri in suo favore, stipulare e così render migliore la sua condizione, e ancorchè si tratti di un contratto sinallammatico, e che l' incapace, verso cui voi vi obbligate, si obblighi egli stesso verso di voi, il contratto, benchè vizioso, non può da voi esser criticato: l'incapacità non è stabilita che a favore dell' incapace ed egli solo può argomentarne, di guisa che è libero di far annullare la convenzione o di esigerne l' esecuzione (art. 1125).

397. Non si dee confondere l' incapacità puramente legale di contrattare, la sola onde qui trattiai, con l' incapacità naturale di consentire, che evidentemente entrerebbe nella prima condizione. Così la donna maritata, che senza l' autorizzazione del marito o del giudice è incapace di contrattare, nel fatto è fuor di dubbio capace di consentire. Del pari un giovane di 19 o 20 anni il quale, benchè sia perfettamente in istato di comprendere ciò che fa, è però, in dritto, e per essere ancora sotto tutela, incapace di contrarre veruna obbligazione. La capacità di contrattare non è qui richiesta che per la validità della convenzione non già per la sua formazione; e la sua mancanza dà soltanto luogo a un annullamento, il quale non si può domandare che per 10 anni dalla cessata incapacità. All' opposto la capacità di consentire è forzosamente essenziale all'esistenza del contratto; chè producendo la sua assenza necessariamente l' assenza di consentimento epperò mancanza di convenzione è palpabile che non vi sarebbe luogo a fare sciogliere entro un certo termine un contratto che non esiste. Così, che un giovanetto, un folle, un uomo ebbro al segno da non aver più la ragione, un infermo in delirio, sottoscriva un atto di vendita, è chiaro che non v' è nulla di fatto e che il preteso contratto si trova radicalmente ed eternamente nullo.

Pure d' ebbrezza, secondo il Toullier (VI. 112), e non solo l' ebbrezza o il delirio, ma altresì la follia, secondo Zachariae (II, p. 467) non sarebbero che casi di semplice incapacità, i quali non impedirebbero che il contratto esistesse e solo permetterebbero di farlo annullare. In questa strana dottrina l'atto d' un folle non sarebbe mai nullo; e, quel ch'è più se è annullabile, no il sarebbe precisamente per l' effetto della follia, si soltanto per l'effetto della sentenza d' interdizione. Ma un tal sistema è evidentemente insostenibile e si contraddice da sè. Imperocchè se la follia, in luogo di produrre una nullità radicale per manco di consenso, non producesse anche la semplice annullabilità che per la forza dell'in-

(1) Merlin, *Rep.* v° *Vendita*; Toullier, VI. 29; Pardessus, *Dr. Commer.* I. 250; Delv.; Troplong. *Vendita*, n° 25.

(2) Duranton, XVI - 45; Duvergier, *Vendita*. I. 58; Zachariae, II, p. 465; Champ. e Rig., I-189.

terdizione, il delirio e l'ebbrezza,non potendo aver più effetto e non permettendo d' altrondo di pronunziare un' interdizione, lascerebbe al contratto non pure la sua esistenza, ma eziandio la sua piena validità. Bisogna dunque o dichirar valide le convenzioni fatte nel delirio o nell' ebbrezza che togliessero alla persona l' uso della ragione, o dichiararle radicalmente nulle per manco di consenso.Or la prima idea niuno oserebbe sostenere,e la seconda è d' una verità evidente, posciachè la convenzione è il consenso medesimo (1).

IV.—398. Il nostro articolo esige in terzo luogo *un oggetto certo* per materia dell'obbligazione. Questo terzo elemento, come il primo, è per la forza stessa delle cose indispensabile all' esistenza della convenzione, chè la mente non potrebbe concepire un' obbligazione senza obbietto; quando altri s' obbliga, necessariamente s' obbliga a qualche cosa. Ma la legge non domanda soltanto che l' obbligazione abbia un oggetto, vuole che quest' oggetto sia *certo*.

Il senso vago di tale espressione trovavasi spiegato dall' art. 1129, il quale ci dice che l' oggetto dell' obbligazione dev' essere determinato, almeno in quanto alla specie, e che, se la quantità della cosa che ferma quest' oggetto può esser incerta, almeno è d' uopo che possa essere determinata. Così, quando io mi obbligo a consegnarvi *un animale*, non essendo l'oggetto di tale obbligazione determinato nè nel suo individuo nè nella sua specie, non vi sarà contratto altrimenti. E infatti obbligarmi a darvi *un animale* non è già obbligarmi seriamente, è far una celia, attesochè io potrei darvi una mosca, un vermicciatto, un oggetto di niun valore. E sarebbe lo stesso, s' io in obbligassi a far per voi *qualche cosa*... Ma se, in cambio d'indicar così un genere talmente largo che io non sia in nulla legato, io ò precisato o l' individuo o almeno la specie, s' io v' ò promesso il tal cavallo o solamente *un cavallo* atto al tal servizio (servizio indicato, se non da'termini della convenzione almeno dalla stessa vostra posizione), l' oggetto è limitato in guisa che il legame è serio, e formasi l' obbligazione. Del pari allorchè io m' obbligo a somministrarvi *del pane* senza che nulla determini altrimenti questa idea, non evvi obbligazione; ma se io debbo darvi del pane pel vostro vitto durante tre mesi la quantità che non è determinata può esserlo agevolmente, e l' obbligazione è valida.

Sicchè dunque il nostro articolo,esigendo *un oggetto certo*, intende un oggetto abbastanza determinato perchè il debitore sia davvero legato, un oggetto il cui valore o il cui prodotto sono sufficientemente fissati e assicurati perchè questo debitore non possa ridurli a nulla.

399. Benchè il nostro articolo esiga soltanto che l' oggetto dell' obbligazione sia certo, ossia sufficientemente determinato per legare realmente colui che si obbliga, è chiaro che ciò non basterebbe punto e che quest' oggetto deve eziandio non aver nulla di illecito. S' io prometto, mercè una somma di...d'uccidere la tal persona, è ben evidente che la mia pretesa obbligazione, comunque abbia un oggetto perfettamente determinato, è però nulla radicalmente e senza verun' esistenza, per mancanza d' un oggetto lecito. Egli è palpabile, difatti, che gli attentati alla vita, all'onore delle persone, che de' delitti qualichessieno, non posson essere materia d' una stipulazione, che non son unica cose le quali cadono nel commercio; or l' art. 1128 dichiara che le cose che non sono nel commercio non possono punto esser obbietto delle convenzioni.

V. — 400. Il quarto ed ultimo elemento necessario si è una causa lecita dell' obbligazione. Abbiam già avuto l' acconcio di dire che per *causa dell'obbligazione* non vuolsi intendere nel linguaggio del dritto ciò che si chiamerebbe la causa del contratto o anche, nel linguaggio ordinario, la causa dell' obbligazione.

Quando io vi vendo il mio podere, la causa del contratto, o se si voglia della mia obbligazione, il motivo che mi à determinato ad obbligarmi, sarà ora la necessità in cui io mi trovo di pagar delle somme considerevoli, ora il progetto d' acquistar delle rendite o delle case in sostituzione delle mie terre, affine d' aumentar la mia entrata, ora di dotar mia figlia. Ma in dritto, questi motivi primi non son mica da considerare; e quello che costituisce la causa giuridica dell' obbligazione è soltanto il suo motivo ultimo e immediato: quando io m' obbligo a darvi il mio fondo, il mio motivo immediato, la causa giuridica della mia obbligazione si è l'obbligazione che voi contraete dal canto vostro di pagarmi una somma di danaro, a qualunque uso io destini siffatta somma. Del pari, quando io consento a darvi la mia casa di Parigi in permuta del vostro terreno d' Anteuil, poco monta che io mi proponga di fare di cotesto terreno una vigna,o di costruirvi una casina ch' io abiterò o d' innalzarvi un edifizio idoneo a ricever de' pigionali; poco montano, infine, i motivi che m' àn fatto agire; in tutti i casi l' obbligazione che voi assumete di darmi questo terreno è quella che forma unicamente la causa della mia obbligazione di darvi la mia casa.

(1) V. Pothier, n°3, 49, 51, Duranton,x 105; Angers 11 dic. 1823.

Ne' contratti sinallammatici l' obbligazione di una parte è sempre la causa dell' obbligazione dell' altra *la causa* di ciascun' obbligazione, è allora il desiderio d' attenere ciò che fà lò *oggetto* dell' altra obbligazione. — Quando il contratto unilaterale, quando una sola obbligazione se nondimeno è a titolo oneroso, trova la sua causa nel conseguimento del vantaggio qualunque siasi procurato dall' altra parte che se quest' obbligazione unica è assunta gratuitamente, la sua causa è nel desiderio d'una parte di render servigio all' altra.

401. La legge non domanda che la causa prima la quale in fatto à determinata la parte a contrattare, abbia il tale o tal carattere, non se ne dà veruna briga; soltanto nella causa immediata dell' obbligazione esige, non vi sia nulla d' illecito. Così, quando io m' obbligo a darvi il mio campo per una somma di 10, 000 fr., che mi procuro coll' unico fine di far commettere un delitto, la mia obbligazione verso di voi non è meno valida, ed io non potrei rientar di darvi il campo che vi ò venduto. Ma quando prometterò poi a Pietro di pagargli i 10, 000 fr. per prezzo del delitto ch' egli promette di eseguire, allora la mia obbligazione sarà nulla per manco d' oggetto lecito; e niun di noi potrebbe costringer l' altro all' esecuzione.

VI. 402. — La legge non dichiara necessarie se non le quattro condizioni che abbiamo splegate, perchè in effetti non le sole indispensabili in principio e pe' contratti ordinari. Ma si era che per eccezione un quinto elemento è necessario ne' tre contratti letterali e solenni La redazione per escritto, in questo caso, non è richiesta soltanto per la prova della convenzione diviene una condizione essenziale alla sua esistenza legale, e dee, der resto, esser accompagnata dalle altre formalità volute (art. 1107 in fine).

SEZIONE I.

DEL CONSENSO.

1109. [1063]. Il consenso non è valido se è stato dato per errore, se fu estorto con violenza o surretto con dolo.

SOMMARIO.

I. Qui non si tratta del caso in cui il consenso non esiste, ma di quello in cui è vizioso e può esser rivocato, Inesattezza di Toullier e di Duranton. Errore di Pouiol.

II. Il dolo non e precisamente un vizio del consenso, e al contrario la lesione le è perchè l' articolo, non ne parla. Divisione delle sezione.

I.—403. Questo articolo ben prova ciò che noi più volte abbiam già detto, e ciò che i commentatori àn troppo spesso obbliata; che qui non si tratta della mancanza di consenso, ma solo de' casi in cui il consenso, realmente dato si trovi affetto da un scindere il contratto. Il che è evidente, postochè la legge parla d' un consenso che *non è valido* essendo *stato dato* per effetto dell' errore della violenza o del dolo... se il consenso *è stato dato* (per qualunque causa si sia) esiste dunque; ed è pur forza che esista perchè vi sia luogo a domandarsi se è o non è valido... D' altronde, se il consenso non esistesse non si sarebbe formato il contratto, l' obbligazione non sarebbe nata, e per conseguenza non potrebbe esser quistione di far annullara il contratto, e d' estinguere l' obbligazione. Or la legge ci dirà più innanzi che l' azione di nullità per essere, violenza o dolo è una delle cause d' *estenzione* dell' obbligazione e che, se quest' azione non è intensata frà 10 ànni, il contratto e l' obbligazione ch' esso à fatta nascere continuano a susistere (art. 1233 1304),

Se dunque io mi dolessi d' un errore o d' una violenza veramente esclusivi del consenso; se allorchè voi intendevate vendermi la vostra casa d' Antenil, io aveva compresa la vostra casa di Parigi; o se la violenza onde io sono stato vittima fosse consistita in condurre a viva forza la mia mano per formar la mia firma senza veruna partecipazione della mia volontà, non sarebbe più questo il caso che prevedono i nosti articoli; allora vi sarebbe mancanza di consenso, mancanza di contratto; ora il nostro articolo, torniamo a dirlo, non parla e non dovea parlare che del caso in cui il consenso *è stato vato*, ma dato in circostanze che permettono di farlo annullare.

404 Egli è strano per fermo che una teorica si semplice, si profondamente scritta nella natura delle cose, si nitidamente indicata dal nostro art. 1109 e dagli art. 1117 e 1234, si chiaramente esposta dal Polhier ed eziandio ne' lavori preparetori del Codice, sia stata sì poco compresa finora dà più degl' interpreti, massime in quanto spetta la violenza, e che noi siamo astretto a dar qui un nuovo sviluppo a verità cotanto evidenti.

Spiegata in un modo inesatto dal Toullier) VI — 76) e dal Durauton (x — 138, 139), i quali presentano i nosti articoli come applicantisi non meno alla violenza la quale escluderebbe il consenso che a quella la quale soltanto lo vizia, passata sotto silenzio dal Delvincourt e dallo Zachariae la teorica della violenza era stata esposta si limpidamente (senza dire di Poulhier) dal demante (II — 535) e da noi medesimo, che ogni contraddizione su questo punto sembrava ormai un impossibile. Eppure la è altrimenti; il Ponjol, il solo autore che abbia trattata questa materia dopo le nostre prime e-

dizioni dà cominciamento al suo comentario degli articoli 1111 e 1112col fermare per principio che: » Il consenso *non è reale*, se è risultato della violenza... Tosto che v' à violenza, àvvi *mancanza di volontà*. » Ed afforza questo preteso principio con la pretesa citazione: *voluntas coacta non est voluntas.*

Or la frase che il Poujol crede di citare, e che è tratta dalla glossa sulla legge 21, § 5, del titolo *Quod metus causa*, dice al contrario: *voluntas coacta* EST VOLUNTAS. E infatti dir che la volontà provieoe dalla tal fonte, che à la tal qualità, si è dire che la volontà esiste: *quamvis, si liberum esset, voluissem*, dicea quella legge, *tamen coactus volui.* Sceglier fra due cose, delle quali sulle prime non se ne volea nessuna, o determinarsi in fine per la meno inerescevole delle due si è fare atto di volontà, *qui mavult, vult.* » Non ci à consenso *valido*, dice a sua volta il relatore al tribunato, se questo consenso non è stato dato che per errore, estorto con violenza, o sorpreso con dolo. Ma quegli, che prétende essere stato forzato, ingannato o sorpreso, dee provarlo; altrimenti l' *obbligazione rimane in tutta la sua forza.* »

E invero, se volontà non vi fosse, non vi sarebbe contratto, non obbligazione, e pertanto come si potrebbe parlare di far cessare quest' obbligazione, di annullar questo contratto? come mai l'una e l' altro si troverebbono dopo un certo lasso di tempo inoppugnabili?. . Duole per fermo d' aver a rilevare di somiglianti dottrine in opere recenti, cho avrebbero dovuto profittare e delle verità e perfin degli errori che contengono le più antiche! (a)

(a) Il N. A. è ben severo col Poujol. Noi non imprenderemo già a scusarlo della negligenza con la quale cita erroneamente una sentenza da lui posta come base d' un principio che vuol fermare: in ciò egli è senza dubbio inescusabile, e il testo è veramente quale il Marcadé lo à ristabilito. Ma ammesso pur questo errore, esaminiamo un tratto se la dottrina del Poejol meriti le censure di cui la fa segno il nostro autore. E' vera volontà, si domanda, quella dell' uomo che non è stato libero di volere o non volere? o meglio: è vera volontà quella dell' uomo che à voluto sotto la pressione della violenza?

Il giureconsulto romano, seguace della filosofia stoica, risponde di sì, *est voluntas*, perchè egli opina non esservi pressione, non violenza, fisica o morale che si voglia, la qual valga a distruggere la libertà. Noi però stimiamo indispensabile una distinzione. Se si stà nel campo della morale, non v' è altra soluzione da dare a questo quesito: l'uomo che vuole un delitto non lascia d' essere responsabile per averlo voluto sotto la pressione della violenza; l'autore della violenza non aveva potere sulla libertà di lui, il dovere gl' imponeva di non assentire, anche a costo della sua vita.

Justum et tenacem propositi virum
Non civium ardor prava jubentium,
Non vultus instantis tiranni
Mente quatit solida, nec Auster,
Dux inquieti turbidus Adriae,
Nec fulminantis magna Jovis manus.
Si fractus illabatur orbis,
Impavidum ferient ruinae.

Hor., lib. III, od. 3.

Ma, nel campo del dritto, potremmo noi applicare con lo stesso rigore questa dottrina? Oserestc dirmi che quando un ribaldo col pugnale alla gola m' intima di sottoscrivere a suo favore un contratto di donazione ed io sottoscrivo, la mia è una *vera volontà*, il consenso che s' indnce dalla mia firma un *vero consenso*? o che io era libero di non consentire, sol che fossi stato disposto a lasciarmi sgozzare? la conseguenza sarebbe ch' io subissi la pena della mia *debolezza* e che fossi tenuto ad eseguire l' obbligazione contratta col sottoscrivere!! Queste idee non sono certamente professate dal Marcadè, nè egli trova meno assurda la conseguenza che abbiamo additata; eppure grida la croce addosso al Poujol per aver insegnato che il consenso *non è reale*, se è risultato dalla violenza e che, quando vi è stata violenza, evvi *mancanza di volontà*! Egli ammette che vi sia mancanza di volontà e di consenso nel caso cho la mia mano sia stata condotta di viva forza per formar la mia firma; ma negherebbe l' identità fra questo caso e quello da noi recato ad esempio. E perchè? Primamente, perchè la legge dice: *il consenso non è valido*, e non dice: *non vi è consenso*; In secondo luogo perchè la legge dà un' azione per *far annullare* il contratto e *far cessare* l' obbligazione nata da questo *consenso non valido*, il che implica necessariamente che, sebbene il consenso non sia valido, l' obbligazione esiste nondimanco; ed esiste anzi in modo diffinitivo e indestruttibile quando sia scorso un certo termine senza che l' azione sia stata sperimentata.

Egli è invero singolar cosa che il N. A., cui niuno penserebbe tassare di cieco culto per la redazione del Codice, poichè sì spesso ne mostra la fallacia e sì maestrevolmente la corregge, se ne mostri cotanto tenero in questa congiuntura da farne l' unico fondamento della confutazione indirizzata al Poujol. Ma, lasciando star questo, ei non ci sembra per avventura che la parola della legge, anche inesatta qual è, dia ragione al Marcade. Impe-

tocchè l' articolo parla di consenso DATO *per errore* o di consenso ESTORTO *con la violenza*; la qual diversità di espressione non è indarno, essendo chiaro per noi che un consenso *estorto* è un consenso *non dato*, è un consenso *negoto*, e che la *negazione del consenso* equivale indubitatamente alla *mancanza del consenso*. E perciò appunto dicevamo inesatta la locuzione della legge, in cui sono forzatamente accoppiate due idee tra le quali è aperta la ripugnanza, l' idea del consenso che implica quella della libertà o l' idea della coercizione che la esclude.

Ma poniamo dall' un de' lati la lettera della legge ed addentriamoci piuttosto nel cuore della quistione. Che è mai, chiediamo, il consenso, l' atto del consentire, se non un fatto psicologico, il quale si induce dalla manifestazione fattane con la parola parlata o scritta, ovvero con un semplice segno convenzionale, qual è la firma (*signum*)? Ciò postola firma messa appiè d' un contratto è agli occhi della legge non già il consenso medesimo, sibbene una presunzione di consenso, presunzione *juris tantum* che cade mercè la prova amministrata dall' una delle parti della inesistenza del suo consenso, inesistenza che viene appunto stabilita col provare la violenza esercitata dall' altra parte. Ben dico dunque, se non siamo errati, il Poujol, quando afferma che, nel caso di violenza, il consenso *non è reale*: di fermo avvi, non la realità, ma l' apparenza del consenso, poichè vi à la manifestazione esteriore, a cui la legge non presta fede se non sotto riserva e fino a che non abbia fondata ragione di reputarla verace. Io che à luogo, quando sia decorso un tempo sufficiente senza che una delle parti si sia fatta a distruggere la presunzione del suo consenso. Ed è ben giusto; dappoichè due ipotesi son possibili: o il consenso vi è stato, e la presunzione diventa certezza; o il consenso che non era intervenuto nell' istante del contratto è sopraggiunto dipoi, e la parte, che era stata vittima della violenza, suggella nella pienezza della sua libertà quel fatto che alla sola violenza era dovuto e a cui ella era arbitra, una volta cessata la violenza, di togliere ogni valore. Ora in ambi i casi gli effetti sono gli stessi: il contratto è valido e l' obbligazione deve eseguirsi, o perchè quello e questa sono stati validi dal bel principio o perchè la parte violentata, rinunziando al suo dritto, gli à resi validi retroattivamente.

Ecco in qual senso son da intendere le parole del relatore al tribunato: « l' obbligazione *rimane* in tutta la sua forza. » Se l'obbligazione *rimane*, dunque l'obbligazione *esisteva*, dice il N. A.; dunque *esisteva il consenso*: ma noi diciamo invece: l' obbligazione *era presunta*, perchè *era presunto il consenso*; or ciò che si presume esistere non sempre esiste realmente; e divieno anzi certo che nè l' obbligazione nè il consenso sono esistiti, quando uno de' contraenti à provato d' essere stato vittima della violenza. Del resto questa quistione si collega con la teorica della nullità e della rescisione, che è una delle più oscure del moderno dritto francese e del nostro; epperò ci si consenta di espor qui le nostre idee su tal subbietto, le quali se per l' ordine tenuto dal Codice avremmo dovuto riserbare alla Sez. VII del cap. V, è agevole vedere che mercè la connessione della materia non istaran punto fuori di luogo.

E' risaputa la distinzione cardinale che faceano i Romani fra lo stretto dritto o dritto civile e l' equità. Or bene, un atto poteva esser nullo per dritto civile, o poteva esser valido per dritto civile, ma venirne impedita l' esecuzione dal pretore in nome dell' equità. Così, se altri stipulava un contratto, ma mancava ad una delle condizioni della formola richiesta, non si diceva già *esser nullo l' atto*, ma più precisamente non *esservi nulla*, niun atto aver mai esistito, chè *nihil agit qui contra legem agit*. Epperò è naturale che in tal caso non si facea luogo all' azione di nullità, chè sarebbe stato assurdo voler annullare ciò che mai non aveva avuta esistenza giuridica. Dal qual principio si venne anche a questa conseguenza, che una sentenza, pronunziata contro la legge, *contra jus constitutum* (che presso noi dovrebbe esser annullata dalla Corte suprema in seguito di ricorso e di esame) era nulla *ipso jure* senza che fossevi uopo di ricorso nè d' intervento del magistrato. E per tal modo l' azione di nullità non si sarebbe mai introdotta nel dritto romano se sempre inalterato serbato si fosse il puro dritto primitivo; posciachè non ci avea intermedio fra la validità giuridica d' un atto e la sua inesistenza. Ma il dritto pretorio, che venne man mano insinuando la mitezza del *jus gentium* nel rigore del dritto civile, ebbe mestieri d' un espediente pe' casi ne' quali un atto, valido secondo l' *jus strictum*, non era però consono a' dettami dell' equità. E questo espediente fu l' azione di rescissione, la *restitutio in integrum*, per la quale si fingeva (*fictio juris*) che non fosse avvenuto ciò che realmente esisteva ed era valido pel dritto civile. E sì il dritto civile non si curava punto dell' intenzione dei contraenti, sol che essi avessero adempiuto alle formalità necessarie; quindi la frode, la violenza, non impedivano l' esistenza dell'atto: ma, poichè quest' atto non era compatibile co' principi del *jus gentium*, il pretore, il quale d' altronde non potea dir che fosse

nullo, concedeva un' azione *rescissoria, quod vi vel metus causa*. Laonde si potrebbe dire con verità che *coacta voluntas est voluntas* pel dritto puro, pel dritto stretto, ma che *coacta voluntas non est voluntas* pel pretore.

Nell' antico dritto francese fu ritenuta la doppia nomenclatura di *nullo* o di *rescindibile*, di *nullità* è di *rescissione*; ma diversamente intesa. Nullità *ipso jure*, come nel dritto romano, più non vi era; ma si dichiarava nullo un atto in forza d' un' *azione di nullità*, o quando l' atto fosse stato difettoso in una delle sue condizioni integranti. Quando invece l' atto era valido per essersi adempiuto a tutte le parti necessarie, ma per ragioni di equità si potea rescindere; ciò faceasi dietro un' *azione di rescissione*. Cotalchè l' azione di nullità aveva un fondamento giuridico, la azion di rescissione un fondamento piuttosto morale. E, stantechè la rescissione era un rimedio estraordinario, che usciva dal rigore del dritto, il magistrato non era facoltato ad accordarla senza un permesso speciale del re il quale in tal caso rilasciava alla parte delle *lettere di rescissione* (*lettres de relief*). L' azione di nullità durava 30 anni, 10 quella di rescissione.

I compilatori del Codice francese àn mantenute le due espressioni, *azione di nullità* e *azion di rescissione*, uguagliata tuttavia a 10 anni la durata di ambe le azioni. Ma ci si permetta di dire che o questo è un *bis in idem* o che la distinzione riman senza fondamento. Abbiam detto che la teorica della nullità e della rescissione nel moderno dritto è delle più confuse: ed abbiasene una prova nel fatto che il Toullier e il Duranton, senza dire de' posteriori, sono andati in opposta sentenza. Esaminiamo brevemente i loro due sistemi.

Il Toullier è di credere che la nullità abbia luogo, allorchè un atto sia difettoso nella sua forma esteriore, e la rescissione quando esso abbia alcun vizio nella forma intrinseca, nella sostanza. Così, dic' egli, se in uno strumento non sia intervenuto verun testimone, l' atto può impugnarsi con l' azione di nullità; giacchè, senza testimoni non potendo esservi strumento, quello che tal si appella non è mai stato, è un nulla. Se invece tutte le condizioni concernenti la forma dell' atto sieno state adempiute, sicchè in grazia della sua forma l' atto possa considerarsi esistente, ma una delle parti abbia sottoscritto *per timore o per frode*, il che costituisce un vizio nell' essenza dell' atto, allora questo può farsi cessar di essere mercè l' azione di rescissione. Or, posta questa dottrina, ci facciamo a domandare se abbia maggior peso l'azion di nullità o quella di rescissione; ed, essendo indubitato che la prima è di maggior momento, chiediamo come possa ammettersi che un vizio nella sostanza dell' atto dia luogo a un' azione di minor portata, o al contrario un vizio nella forma, soltanto di quello sia base a una azione più seria o grave. Il vero è che se manca all' atto la soscrizione de' testimoni, manca la prova dell' atto, non già l' atto; laddove manca proprio l' atto, se vi manchi il consenso. Intanto, giusta il sistema del Toullier, nella prima ipotesi l' atto *si annulla* per *vizio nella forma*; nella seconda, per *vizio nella sostanza, si rescinde*. Senzachè, supponiamo un matrimonio tra fratello e sorella, valido per tutte le formalità estrinseche degli atti: con qual azione s' impugnerà questo matrimonio valido in prima figura? Lo stesso Toullier non direbbe per fermo: con un' azion di rescissione, avvegnachè il vizio stia nell' essenza e non nella forma dell' atto.

Il Duranton poi non fa dipendere l' azione di nullità o quella di rescissione dalla sostanza o dalla forma dell' atto. Egli distingue la nullità in *assoluta o relativa*, secondo che l' azione si dia nell' interesse della società o di una delle parti. La qual distinzione si fonda senza dubbio su un fatto reale; ma non è però quella che i compilatori del Codice àn potuto intendere di stabilire tra la nullità e la rescissione. Or appunto crede il Duranton, la *nullità assoluta* esser quella che propriamente si è chiamata *nullità*, e la *nullità relativa* quella appellata *rescissione*. Ma da una banda ci non ci sembra per avventura che un atto sia men nullo quando tale si dichiari nell' interesse di uno dei contraenti che quando nell' interesse pubblico; e d' altra parte facciam ragione che queste diverse considerazioni non sono sempre esclusive, anzi ne' più de' casi l' interesse sociale o l' interesse de' vingoli non si potrebbero a buon dritto separare l' uno dall' altro.

Da quest' analisi, che avrebbe potuto esser più ampiamente sviluppata, conchiudiamo riassumendo, che la distinzione era chiarissima nel dritto romano, in cui un atto poteva esser dichiarato nullo *a priori*, dalla legge, ovvero esserlo *a posteriori*, dal magistrato; che si oscurò alquanto nell' antico dritto francese, restando però salda per una differenza, se non nella cosa, nella giurisdizione; poichè alcune nullità erano nell' appartenenza del magistrato, altre in quella del potere sovrano; che sotto il Codice Napoleone, caduta la differenza nella giuriadizione, la distinzione, tradizionalmente conservata fra la nullità e la rescissione, è affatto pri-

va di fondamento, e le due espressioni, *azione di nullità*, *azione di rescissione*, non sono che due nomi d' un' unica azione.

Eppure la controversia mossa dal N. A. contro il Poujol e che ei à porta l' occasione della presente nota, forse non sarebbe nata, se il Marcadè avesse prima dato opera a chiarir questo secondo punto, cui una superfluità di nomenclatura nel Codice à reso così intralciato da condurre a teoriche egualmente fallaci, tuttochè pugnanti fra loro! *Il Trad.*

Torniamo a dire: ne' casi preveduti da' nostri articoli, il consenso esiste, il contratto si forma; soltanto, siccome questo consenso proviene da una sorgente che la legge non dee sanzionare, l' obbligato è arbitro di far rivocare questo consenso, di far annullare il contratto.

II. — 405. La legge ci presenta come quelle che posson rendere insufficiente il consenso tre cause diverse l' errore, la violenza, il dolo. Ma noi vedremo che in sostanza la legge non riguarda punto il dolo come un vizio propriamente detto del consenso che affetti realmente il contratto, sì piuttosto come una causa, che dà luogo a un' obbligazione personale di danni e interessi; in guisa che è un vizio puramente relativo (art. 1126). Vedremo inoltre che un altro vizio reale è assoluto del consenso trovasi nella lesione (art. 1118); e che se il nostro articolo non l' indica, gli è perchè questa quarta causa d' annullamento non è ammessa in principio generale, ma solo in certi casi eccezionali.

Avremo ancora da spiegare, per terminar la sezione, quattro articoli, a cui àn dato origine delle tradizioni mal comprese e che sono più pericolosi che utili nella legge. Queste disposizioni che il Codice avrebbe fatto meglio a sopprimere, non sono d' altronde ben allogate nella nostra materia, dappoichè qui si tratta de' contratti che possonsi far annullare per qualchè vizio del consenso, laddove le disposizioni di cui parliamo si riferiscono a due casi, in cui il contratto non si forma, or per assoluta mancanza del consenso, ed ora per mancanza d'un oggetto che sia di qualche interesse al creditore.

Occupiamoci in prima de' quattro casi di errore, di violenza, di dolo e di lesione. Studieremo dipoi in un quinto ed ultimo paragrafo gli articoli onde abbiam favellato.

§ 1.

Dell' errore.

1119. [1061]. L' errore non produce la nullità della convenzione che quando cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne è il soggetto.

Non produce nullità quando non cade che sulla persona con la quale s' intende di contrattare, eccetto che la considerazione di questa persona sia la causa principale della convenzione.

SOMMARIO.

I. L' errore impedisce che il contratto si formi, quando cade sulla natura o sull' obbietto di esso contratto; è indifferente quando cade soltanto sul motivo.
II. È una causa d' annullamento quando cade sulle qualità sostanziali o sulla persona con cui o in considerazione di cui si è contrattato.
III. Inconveniente di questa disposizione rimedio che vi si trova nella legge.

I. — 406. L' errore in cui mi trovo nel contrattare può cadere o 1° sulla natura del contratto che credo fare, o 2° sul motivo che mi determina a contrattare, o 3° sull' oggetto del contratto, o 4° sulle qualità di quest' oggetto, o infine 5° sulla persona con cui contratto.

Quando l' errore cade sulla natura del contratto; quando, per esempio, per non aver bene spiegato il nostro pensiero, voi avete creduto locarmi il vostro cavallo ed io ò creduto comprarlo, allora non v' è contratto. E di fermo, è chiaro che non ci siamo intesi, che non v' è stato, fra noi accordo di idee, scontro delle volontà *con-sensus in idem placitum*; laonde non v' è punto convenzione e siccome la legge non s' occupa qui che de' casi in cui il contratto esiste e può esser rescisso, non à dovuto far parola di questa specie d' errore (1).

Allorchè l' errore non cade che sul motivo del contratto; esempligrazia, quando io ò comprato il vostro cavallo, perchè credeva morto il mio, che è tuttora vivente e in istato di servirmi, la convenzione non è men valida, postochè la legge mai non s' occupa de' motivi che àn determinati i contraenti.

Se l' errore cadesse sull' obbietto del contratto, *in ipso corpore rei*; se per esempio

(1) In conformità delle osservazioni che abbiamo presentate nella nostra nota qui innanzi, dovrebbe dirsi che la legge s' occupa soltanto in questo luogo de' *casi in cui l' esistenza del contratto è* PRESUNTA, *benchè non sia ancor* CERTA; imperocchè non sappiamo come il *con-sensus in idem placitum* vi sia quando l' una delle parti, *si liberum esset, noluisset.*

voi intendevate vendermi il vostro cavallo bianco, laddove io intendeva comprare il vostro cavallo nero, è evidente ancora non esservi contratto e che il nostro articolo non avea da occuparsi di cotal caso.

II. — 407. Laonde non questa circostanza prevede l' articolo, allorchè parla dell' errore *sulla sostanza della cosa*. Vero è che in filosofia s' intende per *sostanza* della cosa la cosa medesima in ciò che à di più intimo quella materia fondamentale e inaccessibile à sensi, che sopporta le qualità, i modi, *quod stat sub modis*, SUB-STANTIA; ma tal' non è punto il linguaggio del dritto. Là legge non considerando le cose che dal punto di vista della loro utilità per l' uomo intende per sostanza di queste cose il complesso delle loro qualità principali. Epperò Berthier, del quale i redattori del Codice àn costantemente seguite le idee nel nostro titolo, ci dice (n. 18) che « l' errore annulla la convenzione.... quando cade *sulla qualità* della cosa *a cui principalmente àn mirato i contraenti*, e che fa proprio *la sostanza della cosa*. »

Ma come si farà a distinguere le qualità puramente accessorie e accidentali? La linea di separazione è indispensabile di cogliere; chè il nostro articolo non accorda l' annullamento se non per le prime e lo ricusa per le seconde; l' errore, esso dico, *non* è una causa di nullità *che* quando cade *sulla sostanza medesima* della cosa. Dove starà dunque la linea separativa?... Secondo noi bisogna intendere per qualità sostanziale, ogni qualità che non essendo suscettiva di più o di meno, fa passare l' oggetto nella tale specie o nella tal altra, secondo che essa qualità esista o non esista. — Così, io ò creduto comprar de' candellieri d' oro, e invece sono di rame; un cavallo arabo ed è normanno; un quadro di Raffaello, una medaglia antica, un mobile di Boule, e lo oggetto non è che una imitazione: in questi casi e in altri simili il contratto può esser annullato in virtù del nostro articolo. Difatti trattasi in queste ipotesi di qualità che, sebbene non sieno che qualità, fanno sì che l' oggetto sia la tal cosa e non la tal altra, lo classificano di necessità e assolutamente nella tale specie perfettamente determinata e distinta da ogni altra. Un quadro è di Raffaello o non è suo; un cavallo è arabo o non lo è; ciò è assoluto e non ammette gradazione di più o di meno. — Al contrario, se io ò creduto che un libro fosse eccellente e lo trovo mediocre, che un cavallo fosse rapido al corso ed è lento, le qualità su cui allora cade l' errore non àn nulla di sostanziale, attesochè, messe a fronte delle qualità opposte, non si scorge fra loro che una semplice differenza del più al meno.

408. Circa all' errore sulla persona con la quale si è contrattato, il nostro secondo comma dichiara che non sarà una causa di annullamento, tranne quando la convenzione sarà stata fatta principalmente in considerazione della persona, con cui si è creduto contrattare. Così, io vengo a commettere un quadro a un pittore che prendo pel Melotte, perchè abita l' appartamento che quegli occupava; ovvero presto senza pensarvi due volte una forte somma di danaro a un vicino che viene a chiedermela, perchè io prendo pel tale proprietario ricchissimo, laddove è invece il fratello di colui che nulla possiede, in simil congiuntura io potrò far annullare la mia convenzione.

III. — 409. Notiam bene che, permettendo di far annullare la convenzione per errore sulle qualità sostanziali della cosa, o sulla persona in considerazione della quale si è contrattato, la legge suppone che la volontà che aveva una parte di ottenere una cosa della tale specie, o di non contrattare che con la tal persona, non è stata significata all' altra parte. Perocchè se la mia volontà a tal riguardo fosse stata nota alla persona con cui ò contrattato, se io avessi fatto conoscere a questa persona l' errore in che io era, non sarebbe più il caso di annullamento per errore. Così, quando io contratto in casa vostra un quadro, ed ò cura di dirvi che non voglio comprare se non un quadro di Raffaello, e come opera del Sanzio compro quella tela, è ben impossibile che vi sia luogo all' annullamento per errore. Infatti, se ben sapendo che il quadro non è di Raffaello, voi mi affermate tuttavia che sia opera di lui ed io perciò lo compro, è chiaro che voi m' avete ingannato, e ch' io posso far annullare il contratto per dolo, giusta l' art. 1116. E tanto è vero che non più regge il nostro articolo questo caso, che, quandanco l' errore fosse caduto sopra una qualità meramente accidentale, l' art. 1116 m' autorizzerebbe ancora a far annullare. — Che se, stando voi stesso nell' errore, mi abbiate detto di buona fede che il quadro era di Raffaello e come tale mel vendiate, è chiaro essere stato il contratto implicitamente sottomesso a questa condizione « se il quadro è di Raffaello, » non esistendo la quale, non è s'mai formato il contratto. Qui ancora il risultato sarebbe lo stesso per una qualità accidentale come per una sostanziale. Che se infine voi mi dichiarate francamente di non conoscere l' autore del quadro e di vendermelo per quel che è, spetta a me di accettare o ricusare; ed è chiaro che

se formo il contratto, non potrò poi allegare a pretesto il mio errore. — Unicamente dunque pel caso in cui non ò espresso il pensiero inesatto in cui mi trovavo ammette il nostro articolo l'annullamento per errore.

Ciò compreso, è forse difficile giustificare la disposizione del nostro articolo.... Quando voi siete venuto a comprar da me un cavallo che credevate della tal razza, ma non m'avete fatto parola di tal circostanza, quando m'avete fatto fare un ritratto prendendomi per un altro pittore, ma senza dirmi il nome di codesto pittore col quale mi scambiavate, è egli giusto di ricompensare la vostra sbadataggine coll' annullamento di un contratto, nel quale io non ò avuto nulla da rimproverarmi?

Sennonchè l'inconveniente non è senza rimedio; chè per primo non potrammo i magistrati pronunziar la nullità se l'errore non sarà bene stabilito; e la prova di questo errore sarà d'ordinario ben malagevole; d'altra banda, assodato pur l'errore, l'altra parte potrà mai sempre, in virtù degli art. 1382 e 1383, farsi risarcire del pregiudizio che sperimenta.

§ 2.

Della violenza o piuttosto dell' errore.

1111. [1065] La violenza usata contro colui che ha contratta l'obbligazione è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella a vantaggio della quale si è fatta la convenzione.

410. La violenza esercitata contro una persona per astringerla a contrattare, o piuttosto il timore delle violenze o de' pericoli qualichessieno onde la si minaccia pel caso che ricusasse, è una causa d'annullamento della convenzione consentita da lei sotto tale influenza. Diciamo trattarsi piuttosto del timor di violenze future che dell' effetto di violenze già esercitate. E di fermo, è chiaro che s' io mi determino a sottoscrivere mio malgrado un atto che riguardo come un male per me, gli è per isfuggire a un male che mi sembra maggiore. Or io non avrei da sottrarmi a questo male se fosse interamente passato; epperò le violenze che potessi aver già subite nell' istante che consento non agiranno su di me che facendomene temere altre. In ogni caso, determinerà la volontà il *timore* d'un male *futuro*; e l'articolo seguente fa comprendere la cattiva redazione del nostro, quando dice che la violenza consiste in tutto ciò che può imprimere al contraente *il timore d' esporre* la sua persona o la sua fortuna a un male considerevole.

Il timore d'un male considerevole, impresso a una persona per istrapparle il suo consenso, non le lascia punto la sua libertà di volontà e la riduce a scegliere fra due mali, onde il consenso ch' ella dà allora non è pieno e intero, e quindi è giusto di permettere a cotesta persona che faccia rivocar la sua convenzione per insufficienza del consenso dato.

E poco monta, ben s' intendo, che il timore sia stato impresso dalla parte con la quale si è contrattato, o da un terzo estraneo al contratto e ad insaputa di quella: in ambi i casi il timore à prodotto il medesimo effetto; in ambi i casi la volontà non è stata libera, il consenso non è stato completo. (1).

1112. [1066.] Il consenso si considera estorto per violenza, quando questa è di tale natura da fare impressione sopra una persona ragionevole, e da poter incuterle il timore di esporre la persona propria o le sue facoltà ad un male considerabile e presente.

Si ha riguardo, in questa materia, alla età, al sesso, ed alla condizione delle persone.

411. Questo testo (al quale si possono appuntare come vizio di redazione le parole «ci à violenza, quando questa è di natura,» e il posto che dàsall' epiteto *ragionevole*; e inoltre l' espressione male scelta di *mal presente*) si riduce a questo: Vi sarà violenza nel senso della legge ogni volta che, per costringere la persona a contrattare, le si sarà impresso il timore, ragionevole in quanto a lei, di esporsi inevitabilmente a un male considerevole.

Dicendoci sulle prime che ci à violenza, allorchè questa è di natura da far l'impressione di cui parla l'articolo, il testo ci prova che la natura de' mezzi adoperati per cagionare questa impressione non dee punto considerarsi; che non rileva se sieno semplici minacce o se siensi usate vie di fatto.

Quando la legge dice poscia che cotali

(1) *Insufficienza di consenso, consenso non completo* sono espressioni che in verità non intendiamo: il consenso è un atto sì semplice della mente che non può essere completo o non completo, più completo o men completo, o è completo, o non esiste punto; e non esiste quando la volontà non è stata libera: sicchè è *inesistenza* di consenso quella che il N. A. chiama *insufficienza*. Rivada il lettore alla nostra nota qui innanzi. *Il Trad.*

mezzi esser debbono di natura da far impressione su una persona ragionevole, è chiaro che questa idea dee spiegarsi col secondo comma, il qual vuole si tenga conto dell' età, del sesso e della condizione della persona: non è necessario, come dice dapprima il testo, che il mezzo abbia potuto far impressione *sopra una persona ragionevole*; basta che rispetto alle circostanze di età, di sesso, di educazione, di carattere, d' abitudini ecc., della persona di cui si tratta, questo mezzo abbia dovuto *ragionevolmente* far impressione su di lei.

Ciò risulta evidentemente dal nostro secondo comma, che è venuto a mutare affatto su questo punto la regola del dritto romano. E di fermo, il dritto romano voleva una violenza di natura da far impressione *in homine constantissimo*. Il Pothier, riproducendo questa idea, diceva (n. 25) ch' essa doveva essere « capace di far impressione su una persona coraggiosa; » ma soggiungeva un po' più innanzi che questo principio *non potea, per esser troppo rigido, seguirsi fra noi*, e che facea d' uopo in tal materia tener conto dell' età, del sesso e della condizione delle persone. I nostri redattori, adottando pure quest' ultima idea, àn però riprodotta anche la prima frase, nella quale soltanto àn sostituito *ragionevole* a *coraggioso*; non badando che malgrado tal sostituzione la frase trovavasi ancora inesatta, e che il secondo comma non permette d' esiger altro se non che il timore sia stato ragionevole e ben fondato, non già in sè e realmente, ma relativamente alla persona e nel pensiero di lei.

412. Ed altresì per avere servilmente seguito Pothier, che aveva anche egli mal compresa su questo punto la legge romana, i nostri redattori domandano il timore d' un male considerevole *e presente*. Il Pothier (*ivi*) parlava d' un male « che la persona era minacciata *di soffrire presentemente*; » e diceva di tradur così il *metum praesentem* della legge romana; ma egli è chiaro che *metus praesens* significa *il timore attuale del male*, e non mica *il timore d' un male attuale*.

E che rileva, infatti, che il male debba colpirmi immediatamente o fra qualche tempo, se mi minaccia d' un modo inevitabile ed io non ò verun mezzo di sottrarmivi? Adunque il *male presente* del testo non può intendersi che d' un male imminente, inevitabile.

1113. [1067]. La violenza è una causa di nullità di contratto, non solamente quando è stata usata verso uno de' contraenti, ma ancora quando lo fu verso il marito, la moglie, i discendenti o gli ascendenti dello stesso contraente.

413. Egli è aperto che questa disposizione non è punto limitativa: se il mio rifiuto di sottoscrivere un atto dee far eseguire la minaccia di rovinar mia sorella, o di infliggere de' trattamenti barbari a una persona a me cara o di assassinare una persona che mi sia, se vogliasi, onninamente estranea, è chiaro che la violenza esercitata contro il terzo produce su me stesso una violenza morale, un timore che mi è affatto personale, e che basta per viziare il mio consenso e far annullare il contratto. Il solo senso possibile del nostro articolo è dunque che nel caso di coniugi o di parenti in linea retta, la violenza esercitata contro una di queste persone produrrà forzosamente e di pieno dritto il medesimo effetto che se fosse diretta proprio contro la parte contraente; laddove, per qualunque altra persona, i giudici saran liberi di determinarsi a norma delle circostanze.

1114. [1068]. Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre, o altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto.

414. Il timore di spiacere a una persona per la quale si professi un profondo rispetto, in faccia alla quale altri sia talmente timido che non oserebbe mai contrariarla in nulla, questo timore può, nè più nè meno del timore d' un mal fisico, scemare la libertà del consenso; ma, siccome il principio di questo timore non à niente d'immorale, non à dovuto la legge dargli l' effetto di far rivocare una convenzione: la legge romana diceva con ragione che la violenza, per annullare il contratto, doveva esser fatta *adversus bonos mores*. Finchè la persona, la quale esercita su di me tanta influenza, non ne à fatto verun uso immorale, finchè non mi à fatto altra minaccia che di ritogliermi la sua amicizia, ed io ò potuto ricusarmi senza espormi a veri pericoli, il contratto resta inoppugnabile.

Egli è aperto, del rimanente, che siffatta regola non si applicherebbe soltanto per gli ascendenti, sì eziandio pel parente o pel benefattore qualechessia che mi à allevato, per ogni persona qualsivoglia capace d'ispirarmi il timore riverenziale di cui parla il nostro articolo. Epperò il Pothier favellava qui del timore di dispiacere a un padre, a una madre o *ad altre persone alle quali debbonsi de' riguardi* (n. 27).

Se la legge non à citato che gli ascen-

denti, è perchè si è soffermata al caso più frequente, à cennato soltanto *quod plerumque fit*.

Per questa media ragione che il timore non vizia punto il contratto allorchè la sua causa non à nulla d' immorale, è chiaro che non si potrebbe insorgere contro il contratto che un debitore à consentito verso il suo creditore per isfuggire al sequestro, alla incarcerazione o alla tal altra coazione onde quegli il minacciava e che poteva legalmente esercitare, attesochè non v' è stata la violenza *adversus bonos mores* (1).

415. Se la convenzione che una persona violentata consente per isfuggire al pericolo à avuto precisamente per obbietto di evitar questo pericolo; a mò d' esempio, se una persona aggredita sulla strada da ladri à promessa una somma di danaro a un terzo perchè la salvasse dalle loro mani, è chiaro che non siam più nel caso de' nostri articoli; dappoichè il contratto che questi articoli dichiarano annullabile è unicamente quello che gli autori della violenza si proponevano di far consentire.

E la prova che non sia più il caso dei nostri articoli è che il risultato sarebbe evidentemente lo stesso, se la promessa fosse stata fatta senza alcuna circostanza di violenza e per ischivare un pericolo indipendente dalla volontà del uomo, un incendio esempligrazia... Laondo l' obbligazione consentita in simil caso sarebbe valida in principio, e ciò dichiara il Pothier giusta la legge romana (n. 24). Ma questa obbligazione determinata dalla paura può essere eccesiva e Pothier decide che allora potrebbe venir ridotta dal giudice (*ivi*)....

Egli è patente che siffatta riduzione pronunziata dal giudice d' una obbligazione riconoscinta valida in se sarebbe oggi un eccesso di potere; ma si può giungere al medio risultato per un' altra via. Di fermo può e deve il giudice, quando l' obbligazione è davvero eccessiva, dichiarare che trova in questa stessa circostanza la prova che l' obbligato si trovava privo della ragione per effetto della paura, che quindi la sua obbligazione è nulla per manco di consenso (2); poi, una volta riconosciuta inesistente questa obbligazione fissar una somma conveniente, al pagamento della quale la persona si troverà obbligata indipendentemente da ogni volontà mercè il fatto del servizio rendutole e per effetto del quasi contratto di gestion di negozi.

Il Toullier (V. 59), che non aveva osservato questo mezzo di annullare l' obbligazione eccessiva per sostituirvene un'altra, aveva almeno compreso che oggi non si potrebbe più parlare di ridurre un' obbligazione riconosciuta valida; e bisogna stupirsi nel vedere il suo annotatore, Duvergier ritornare su questo punto alla dottrina del Pothier. Egli è manifesto, e ben l' avea scorto il Toullier, ch' ei vi sarebbe in ciò un eccesso di potere.

1115. 1069. Un contratto non può essere più impugnato per causa di violenza, se, cessata la medesima, sia stato approvato, o espressamente, o tacitamente, o con lasciare decorrere il tempo stabilito dalla legge per la restituzione in intiero.

416. Questo articolo è perfettamente inutile nel Codice. Poichè l' art. 1117 dichiara che i tre vizi d' errore, di violenza e di dolo preveduti dalla nostra sezione non rendono il contratto inesistente ma solo annullabile; poichè l' art. 1304 ripete l' azione di nullità per errore, violenza o dolo non durar oltre un decennio; poichè l' art. 1338 autorizza o regola la ratificazione d' ogni obbligazione annullabile; era certamente superfluo formolar qui un articolo a parte per la violenza.

Questa bizzarra disposizione è nata dallo essere stati i nostri redattori, come più volte si è rilevato, ciecamente pedissequi del Potier nel presente titolo. Pothier, dopo favellato del caso d' errore sulla sostanza della cosa o sulle persona, il quale nell' antico dritto, a differenza dal sistema attuale, costituiva una causa di nullità radicale, di non formazione del contratto, giungendo poi alla violenza, s' affretta a dire che il suo effetto è diverso e che « Se, dopo cessata la violenza, si è approvato il contratto, sia espressamente, sia tacitamente, lasciando passare il

(1) Pothier, n.° 26; Toull, VI-81; Merlin, *Quist* v.° *Timore*, Duranton X — 142.

(2) È pregio dell' opera notare come il N. A. sia qui ricondotto dalla forza della verità a quella esattezza di linguaggio, dalla quale abbiam veduto essersi egli allontanato negli svolgimenti dati su questa materia della violenza. E di fermo, il consenso suppone necessariamente la ragione e la libertà; e l' una o l' altra che manchi fa mancare il consenso. Ora il Marcadè, che vede la *mancanza del consenso* per *mancanza di ragione* nel caso dell' obbligazione eccessiva, vede la *insufficienza del consenso* quando l' obbligazione non sia tale, tuttochè in ambe le ipotesi abbia avuto luogo la violenza! Nè è da dire che l'assenza della ragione e l'assenza della libertà tornino ad un medesimo; attesochè ci sembra chiaro che un calcolo di ragione appunto persuada l'uomo, il quale non avrebbe consentito, *si liberum esset*, a pur consentire per liberarsi dal pericolo che gli sovrasta.

Il Trad.

tempo della restitozione il vizio del contratto è purgato (n. 21). Si vede che la spiegazione di Pothier, necessaria nel suo sistema, si è poco mutata per somministrare l'insignificante testo del nostro articolo.

§ 3.

Del dolo o piuttosto dell'errore proveniente dal dolo.

1116. [1070]. Il dolo è una causa di nullità della convenzione quando i raggiri praticati da uno de'contraenti sono tali, che rendano evidente che senza di essi l'altra parte non avrebbe fatto il contratto.

Il dolo non si presume, e deve essere provato.

SOMMARIO.

I. Perchè il dolo non è una causa di nullità che sotto la semplice condiziona d'essere stato la causa del contratto e d'essere emanato dall'altra parte. —Teorica del dolo.

II. La nullità non è punto in caso di dolo come in caso d'errore o di violenza, opponibile ai terzi acquirenti. Dissenso col Duranton.

III. Il dolo semplicemente *incidente* dà luogo a danni e interessi, senza mai trar seco l'annullamento.

I.—417. Il dolo, che il Codice ci presenta come costituente il terzo vizio del consenso, s'intende di ognichessia mezzo adoperato per ingannare una persona, e per determinarla a formar un contratto per effetto dell'errore che s'ingenera o che si conferma nella sua mente.

Non può dunque il dolo essere una causa di nullità, se non quando è provato che la parte non avrebbe contrattato, se non si fossero usate contro di lei mene fallaci.

Ma questa prima condizione non basta punto; è d'uopo altresì che il dolo sia stato praticato dalla persona, verso cui la parte ingannata si obbligava: se fosse stato praticato da un terzo, non produrrebbe mica lo annullamento del contratto. Cerchiamo di ben comprendere la ragione di sì fatta regola e di giungere a una teorica esatta del dolo.

418. Egli è evidente innanzi tratto che le mene fraudolenti ond'io posso esser l'obbietto non ànno in sè nulla a che fare col mio consenso: se lo viziano, è per l'errore che producono. E di fermo, se, malgrado tutti gli artifizi messi in opera per ingannarmi, non vi si fosse altrimenti riuscito, io non avrei di che dolermi. Sicchè non precisamente il dolo vuolsi qui considerare, ma l'errore che dal dolo risulta. Or una delle tre: o l'errore prodotto sarà di natura da distruggere il consenso, e allora non vi sarà contratto; o sarà di natura da viziare il consenso o da far annullare il contratto formato, o allora sarà il caso dell'art. 1110, e non ancora il caso del nostro art. 1118; ovvero infine l'errore non cadrà che sopra circostanze indifferenti alla validità della convenzione (per esempio sulle qualità meramente accidentali della cosa, su' motivi del contratto ecc.), e gli è il solo caso pel quale possa esser fatto il nostro articolo. Cotalchè le regole speciali al dolo non si trovan fatte che pel caso in cui il consenso non è nè distrutto nè sufficientemente viziato, e in cui pertanto il contratto si trova in principio pienamente valido.

Ma, se l'errore proveniente dal dolo (e che non è abbastanza grave da rientrare sotto l'applicazione dell'art. 1110) non rende viziosa la convenzione, non è men vero che cagiona un torto alla parte ingannata, dacchè si suppone che, senza questo errore, la parte non avrebbe voluto formar il contratto. Ora ogni persona che cagioni un danno per sua colpa è obbligata a ripararlo (art. 1382, 1383); dunque la persona, il cui dolo mi à condotto a contrattare, mi deve de'danni e interessi, ossia una riparazione esatta del torto che mi à cagionato . . . Allorchè il dolo è emanato da un terzo, ai valuterà il pregiudizio che ò sofferto e il terzo me ne ristorerà mercè una somma di danaro; quando all'opposto il dolo vien dalla parte con la quale io ò contrattato, si doveva adottare un altro modo d'indennità. Di fatti il mezzo più semplice e il più sicuro di procurarmi l'esatta riparazione del torto che mi cagiona il mio contratto è evidentemente di rimetter le cose nel medesimo stato che se questo contratto non avesse avuto luogo, e, siccome questo mezzo, impossibile verso un terzo, è facile in faccia all'altra parte che à meco contrattato, è ben naturale che la legge l'abbia ordinato in tal caso.

Ecco perchè il dolo che mi à determinato a contrattare mai non produce l'annullamento del contratto, se non emani dalla persona che meco contrattava. Ecco come, invece di viziare il mio consenso e la convenzione che esso forma, mi permette soltanto di domandare una indennità a colui che mi à ingannato. Ecco perchè la nullità che esso indirettamente si trae dietro, in luogo di essere statuita nell'editto del pretore assolutamente e contro tutti, *generaliter et in rem*, come pel caso di violenza, lo era solo contro il colpevole del dolo, *specialiter, in personam*. Ecco perchè infine abbiam detto più volte che il dolo non costituisce realmente un vizio del consenso, e che i suoi effetti meglio sarebbono allogati nel capitolo seguente che nella nostra sezione.

II. — 419. Questa differenza tra il dolo e l' errore o la violenza trae seco una conseguenza importante ne' contratti traslativi della proprietà de' beni immobili.

Di fatti colui il quale ottiene un immobile mercè un contratto infetto di violenza o di errore, non avendo che una proprietà rivocabile assolutamente, non può trasmettere che diritti infetti dello stesso vizio; di guisa che i suoi sotto-acquirenti sarebbono sottomessi all' azione di nullità, a cui egli medesimo sottostava, (art. 2125, 2182). Nel caso di dolo, al contrario, divenendo l' autore del dolo pieno proprietario dell'immobile e non essendo tenuto a restituirlo che per effetto della sua *obbligazione personale* di riparare il torto che à cagionato, è chiaro che i suoi sotto-acquirenti, i quali, beninteso, non succedono punto nelle obbligazioni personali di lui, non dovrebbero questa restituzione e non sarebbero sottomessi all' azione di rescissione.

In vano direbbesi, come fa il Duranton (X-181), esser arbitrario di non riconoscere il dolo come un vero vizio del consenso, poichè l' art. 1109 formalmente gli assegna cotal carattere. Si risponderebbe che una teoria non è mica arbitraria, quando è fondata sulle regole del Codice; che l' argomento *di parole* che somministra contro di noi l' art. 1109 cade forzosamente innanzi all' argomento *di cose* che porge il nostro art. 1116, la cui disposizione non permette d' ammettere il dolo come cagione, che realmente vizi il consenso e il contratto, dacchè l' uno e l' altro restan perfetti in faccia al dolo che non emani dalla parte contraente. Si direbbe egli per ultimo espediente, che la legge, onnipossente per creare a sua posta finzioni e principi, à fatto del dolo un vizio reale del consenso quando emana dalla parte, benchè non abbia creduto dovergli dare questo carattere allorchè procede da un terzo? Ma allora questo preteso vizio non sarebbe dunque assoluto; sarebbe puramente relativo e affatto personale all' autore del dolo: or, se è personale, non potrà dunque produrre un effetto assoluto, e quindi si troverà senza forza contro i terzi detentori. A dir breve, e qualunque teorica s' adotti sul dolo, converrà sempre riconoscere che l' annullamento per questa causa tende a riparar l' effetto del dolo, facendo che ne sia colpito l' autore e risparmiando colui che ne è immune. Or tanto il sotto-acquirente d' un contraente sleale è colpevole del dolo di lui, quanto è il contraente leale del dolo praticato da un terzo e di cui egli abbia insciamente profittato.

420. Non abbiam favellato che degl'immobili, perocchè, pe' mobili, il terzo acquirente di buona fede si troverà sempre garentito dalla disposizione già nota dell'art. 2279+2185.

III. — 421. Il nostro articolo non parla e noi stessi non abbiam parlato che del dolo il quale à determinata la parte ingannata a contrattare (dolo determinante, *dolus dans causam contractui*). In quanto al dolo, in mancanza del quale io avrei egualmente contrattato, e che, senza dar nascimento al contratto, è però venuto a esercitarvi un'influenza (dolo incidente, *dolus incidens in contractum*), non è da credere che non dia luogo a riparazione: ma non condurrà mai all' annullamento del contratto. Così, quando mi si è fatto credere che una casa, la quale d' altronde si affaceva perfettamente al mio bisogno, e che in tutt' i casi io avrei consentito a comprare, godeva di certe delizie che mi àn determinato a pagarla più caro che non avrei fatto, è manifesto che potrò esigere un' indennità da colui il quale mi à indotto in errore.

422. Del resto, in tutt' i casi di dolo, sia incidente, sia determinante, la parte che è stata complice delle mene fraudolenti debbe evidentemente esser trattata, come se ne fosse il principale autore, ed è da considerar come complice quella che, avendo contezza di tali mene, ne à slealmente profittato invece di disingannar l' altra parte.

Circa al 2.° comma del nostro articolo, che vuole sia il dolo provato da chi l' allega, esso è l' applicazione d' un principio sì evidente, che è stato affatto superfluo scriverlo nella legge.

1117. [1071]. La convenzione contratta per errore, violenza o dolo, non è nulla *ipso jure*: essa dà luogo soltanto ad agire per la nullità o per la rescissione, nei casi e modi espressi nella sezione VII del capo V del presente titolo.

423. Si è veduto che nè l' errore preveduto dall' art. 1110, nè la violenza nè il dolo distruggono punto il consenso (1). In questi diversi casi il consenso esiste e il contratto si forma; solo ci à luogo a farlo rescindere. Difatti l' art. 1304 ci dirà che i contratti formati in queste circostanze possono esser obbietto d' un' azione d' annulla-

(1) Conforme abbiam dimostrato nelle nostra precedenti note, qui sarebbe da dire: *non impediscono che si presuma il consenso*, presunzione che diventa certezza mercè degli atti di esecuzione o dopo il lasso del tempo accordato per poterla far cadere. *Il Trad.*

mento per 10 anni dalla cessazione del vizio.

Ben inteso, la cosa sta altrimenti, checchè si dica il Duranton (*n.* 139), quando non v' è consenso. Se io aveva inteso far una locazione allorchè voi intendevate una vendita; se io pensava alla vostra casa di Parigi, allorchè voi parlavate di Versailles; se la violenza à consistito in guidare di viva forza la mia mano per guisa da formar la mia firma senza la volontà (1), s'io era in istato di follia, di delirio, di completa ebbrezza, di sonnambulismo nel momento del preteso contratto allora la convenzione non si è formata ed è chiaro che non v' à luogo a farla cessare: essa è nulla radicalmente; e dopo 30 o 40 anni si starà sempre a tempo per farne riconoscere l' inesistenza.

§. 4.

Della lesione.

1118. [1072]. La lesione vizia le convenzioni soltanto in alcuni determinati contratti o riguardo a determinate persone, come verrà dichiarato nella medesima sezione.

421. La lesione, ossia il pregiudizio che subisce una parte, basta talfiata per far annullare una convenzione. Così, sebbene questa parte non sia stata nell' errore, quantunque niun timore le sia stato impresso, niuna mena dolosa siasi praticata verso di lei, il nocumento che le cagiona la convenzione può per sè stesso divenire un principio di annullamento.

La lesione, nell'antico dritto, ora una causa d' annullamento, 1° in tutt' i contratti, in quanto a' minori; e 2°, in quanto a' maggiori, nelle divisioni, per lesione d' oltre il quarto, e in tutt' i contratti aventi ad obbietto degl' immobili, per lesione d' oltre la metà (Pothier, n. 33, 40) — Il dritto intermedio con una legge del 9 fruttidoro anno III soppresse l' annullamento per lesione in quanto a' maggiori, 1° nelle divisioni, per lesione d' oltre un quarto (art. 887 e 1079); 2° nelle *vendite* d' immobili (e non in tutti i contratti) e soltanto, *pel venditore*, allorchè egli è leso di più di sette dodicesimi (articolo 1674 e 1683). Circa a' minori, la lesione è tuttavia, come era un tempo, una causa di rescissione per tutte le loro convenzioni (art. 1305).

Sicchè le *certe persone* per le quali la lesione vizia sempre le convenzioni sono i minori, e i *certi contratti* di cui parla l' articolo sono le divisioni, indi le vendite d'immobili in quanto al solo venditore.

L' articolo è del resto inesatto, quando dice che tutto ciò verrà spiegato nella medesima sezione di cui parla l' articolo precedente, ossia la sezione VII del cap. V (art. 1304 a 1314). Questa seziono infatti non forma che la regola relativa a' minori (art. 1305); in quanto allo art. 1313, che s' occupa de' maggiori, esso non è al pari del nostro che un articolo di rinvio, e la regola non trovasi formolata che dagli articoli 887 e 1674.

425. La lesione è considerata dal legislatore come un fatto che lascia presumere uno stato d' inopia o di necessità irresistibile in colui che l' à subita. Quando un condividente si è contentato d' una parte di meno di 15,000 fr., allorchè avea dritto a 40,000 fr.; quando una persona à venduto per meno di 5,000 fr. un immobile che ne vale 12,000, la legge suppone che ànno agito sotto l'impero della miseria o d' ogni altra forza maggiore che abbia lor tolta la libertà. È dunque un vero vizio del consenso, che affetta realmente il contratto come l' errore e la violenza, e che quindi permette d' agire contro i sotto-acquirenti non meno che contro colui col quale si è contrattato. Ciò, del resto, ben prova l' art. 1681.2.°

Se la legge non à indicato questo vizio del consenso insieme agli altri tre nella regola generale dell' art. 1109, è perchè non è ammesso, salvo in certi casi o per eccezione (2).

(1) Questa diversità fra la violenza materiale e la morale è qui veramente nulla in quanto agli effetti. Nell'esempio citato dal nostro A. la mia firma è stata fatta *senza la mia volontà*; ciò è fuori dubbio: e non è men certo che nel caso di violenza morale la mia firma è stata fatta *con la mia volontà*. Ma, se io ò avuto la *volontà di firmare* per sottrarmi alla violenza, non ò però avuto la *volontà di consentire* al contratto; altrimenti sarebbe assurdo parlar di violenza. Per noi dunque è chiaro esservi in ambi i casi assoluta mancanza di consenso. *Il Trad.*

(2) Se non è ammesso salvo in *certi casi*, e *per eccezione*, è poi vero che questo vizio affetti il contratto *come l' errore e la violenza?* Se ciò fosse, il vizio nascente dalla lesione dovrebbe esser ammesso *in tutti i casi* o *per regola*, e la differenza che pone la legge non sarebbe punto giustificabile. Noi diremo invece che ne' casi d'errore e di violenza vi è solo presunzione di consenso, nel caso di lesione vi è vero consenso, e consenso validissimo in dritto; e che, se *in certi casi* soltanto la legge permette di annullare il contratto che ne è informato, lo permette in nome dell' *equità*, della *morale*, e quindi *per eccezione*. *Il Trad.*

§ 5.

Osservazioni su due casi in cui il contratto punto non si forma.

426. Diamo a quest'ultimo paragrafo il titolo di *osservazioni*, attesochè, come abbiam già detto nel cominciar la sezione, le disposizioni che i redattori àn qui allogate riferisconsi a due casi i quali presentano, l'uno una mancanza di *consenso*, l'altro una mancanza *d'obbietto*, di goisa che era impossibile rannodarli mercè una rubrica comune alla materia del consenso. — Proviamoci di far comprendere come sieno i redattori stati condotti a qui tracciar delle regole, le quali secondo noi sono affatto inutili e divengono anzi pericolose per l'oscurità che fa supporle d'un'importanza cui non ànno altrimenti.

Si sa che i Romani non ammetteano per principio la formazione de' contratti e delle obbligazioni che ne scaturiscono per la sola volontà delle parti. Il consenso, beninteso, era sempre necessario, ma raramente bastava solo: il contratto formavasi ora *consensu et RE*, ora *consensu et LITTERIS*, ora *consensu et VERBIS*; ed unicamente in certi casi si formava *solo consensu*. Si sa ancora che ne' contratti *verbali*, i quali si formavano mercè delle *stipulationes*, l'obbligazione non risultava che da una risposta solenne del promittente, risposta che non doveva soltanto esser formale e categorica, ma che doveva inoltre adattarsi scrupolosamente, minutamente, all'interrogazione solenne dello stipulante; cotalchè trattavasi allora, non pure *della volontà*, eziandio ben assodata, delle parti, ma altresì *delle parole* pronunziate. Si comprende, del resto, che da un sistema siffatto doveano procedere delle regole, cui sarebbe contro equità, anzi assurdo, voler applicare oggi, sotto una legislazione, la quale, distruggendo in ciò come in tutto, gli avanzi del materialismo romano, pone per principio che i contratti si formano con *la sola volontà*, comunque sia manifestata.

Il Pothier, scrivendo in un'epoca in cui la legislazione di Roma era ancora in parte la legge vivente di numerose province francesi ed esercitava pure una forte autorità in quelle che non le riconosceano tal carattere, il Pothier dovea naturalmente aver sempre per le mani il dritto romano e rammentarne le principali regole, non fosse altro che per esaminare su ciascheduna se era ancora pienamente applicabile o se lo spirito de' costumi e della legislazione nazionale ne esigesse la modificazione. Epperò il Pothier, nel cominciamento del suo Trattato (n. 53 e s.), s'occupa di questo doppio principio fermato da' giureconsulti romani, 1° che non si può stipular per altri, e 2° che neppure si può promettere per altri. Egli trova pienamente applicabile, e con ragione, la prima parte del principio, ma non accetta la seconda, e con ragione ancora, che col benefizio d'una modificazione la quale in sostanza ne implica le soppressione. Gli svolgimenti in cui entra su questa materia formano un articolo a parte con la rubrica — *Di ciò che può esser obbietto de' contratti.* « Oggetto d'un contratto, egli dice, esser può soltanto ciò che l'una delle parti stipula per sè medesima e ciò che l'altra per sè medesima promette. »

I nostri redattori, usi a seguir Pothier passo a passo, non credevano poter ommettere una materia che egli trattava sì a dilungo. Dimentichi che non eran tenuti, come Pothier, a ricordare i principî romani; non comprendendo d'altronde che la prima parte del principio non avea d'uopo d'essere espressa o solo doveva esserlo con poche parole nella materia *dell'oggetto de' contratti*, o che la seconda si trovava distrutta con la stessa dottrina che faceansi a riprodurre, àn consacrato i quattro articoli, a'quali giungiamo, a riassumere bene o male le spiegazioni dato dalla loro guida. Soltanto àn rannodato alla materia del *consenso* (e vedremo il perchè al n. I dell'art. 1140) ciò che il Pothier risguardava come appartenente all'*obbietto del contratto.*

Sicchè siam debitori a una cieca rotina di questi quattro articoli i quali àn mosse tante difficoltà e dato tanto da fare agl'interpetri.

427. Gli autori infatti son sì poco d'accordo sul senso e sulla portata di queste disposizioni che non s'intendono tampoco sul posto che logicamente si deu loro attribuire. Il Duranton le connette, come fa il Codice, alla materia del *consenso*; il Delvincourt e il Toullier le allogano col Pothier sotto la rubrica dell'*obbietto* delle obbligazioni; lo Zachariae le colloca tra *gli effetti* dei contratti.... In quanto a noi, crediamo che tutta questa materia, supposto che avesse mestieri d'essere espressa nella legge, dovea ridursi ad alquante parole aggiunte alla sezione *dell'Obbietto de' contratti* (in quanto alla regola che non si può *stipulare* per altri) e ad alquante altre aggiunte alla sezione *dell'Interpetrazione delle convenzioni*, art. 1156 e s., (in quanto all'altra regola del non poter *promettere* per altri).

Del resto, tutto ciò che abbiam detto non potrà ben comprendersi che con la spiegazione di essi articoli.

1119. (1073). Nessuno in generale può obbligarsi o stipulare in suo proprio nome che per sè medesimo.

428. Questo articolo pone un doppio principio, a cui faranno eccezione i tre seguenti. Questo principio, o piuttosto questi due principi consistono in dire, che ogni qual volta uno agisca, non come rappresentante d' una altra persona, sibbene per proprio conto, non può in generale e salvo i casi eccezionali 1° obbligarsi per altri, nè 2° stipulare per altri. — Queste due regole son pur quelle che abbiam viste indicate dal Pothier giusta il dritto romano; senonchè il Codice ne à invertito l' ordine, ponendo prima quella che il Pothier facea seconda e reciprocamente.

E innanzi tratto, per seguir l' ordine del Codice, niuno può *obbligarsi per altrui*, ossia non può in nome proprio formare un' obbligazione il cui oggetto debba esser somministrato da un terzo. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit*, *non obligatur* (Inst., *de inut. stipul.*, § 3); *de se quemque promittere oportet* (D., *de V. O.*, 83). Così, quando io vi prometto in nome mio, *de me*, che Paolo vi venderà la sua casa, che Giacomo non pianterà alberi sul terreno che gli appartiene di rimpetto al vostro castello, ecc., il primo principio del nostro articolo si opporrebbe alla formazione della mia obbligazione, se questo principio non fosse modificato (e si può dir piuttosto distrutto), dall' eccezione dell' articolo seguente.

La spiegazione di questa eccezione farà ben comprendere il principio medesimo.

429. Egli è più agevole comprendere immediatamente il secondo principio, quello che dichiara non poter alcuno in nome suo, *de se tantum*, stipulare per altrui.

Quando io stipulo per voi ossia vi fo promettere di fabbricar una casa a Pietro, di fornir un cavallo a Paolo ecc., non si forma contratto. E di fermo, io non ò verun interesse apparente onde voi procuriate la tal cosa a un terzo; ora, essendo l' interesse la base d' ogni azione, io non potrei dunque costringervi ad eseguire; e se non ò alcun mezzo da costringervi, voi dunque non siete punto ligato; non ci à *vinculum*, non obbligazione. È dunque vero, tranne i casi d' eccezione, che quando io stipulo per altrui, non si forma contratto, per mancanza d' un obbietto che mi presenti alcuna utilità. Il risultato è lo stesso che se m' aveste promesso *un animale*, *del grano*, od ogni altro obbietto talmente indeterminato ch' io non avessi mezzo di sorta per costringervi a darmi una cosa che mi sia utile. In ambi i casi evvi per diverse cagioni mancanza della condizione richiesta dall' ultimo comma dell' art. 1109 e dalla sezione III, art. 1126 a 1130.

1120. (1074). Ciò non ostante può alcuno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto d' una terza persona; salvo il regresso per l' indennità contro quello che si è fatto garante e che ha promesso di far ratificare, nel caso che la detta terza persona ricusi di prestarsi all' esecuzione dell' obbligazione.

SOMMARIO.

I. Una persona si costituisce garante semprechè prometta con animo di obbligarsi, talchè l' eccezione del nostro articolo riduce il primo principio dell' articolo precedente a una proposizione insignificante. Critica della dottrina degli autori.

II. Colui che s' è costituito garante deve i danni e interessi per la mancanza d' esecuzione del terzo come per la sua mancanza di ratifica?

I. 430. Dopo fermato questo primo principio, ch' io non m' obbligo punto, quando prometto in nome mio l' altrui fatto (e *fatto* si prende qui *lato sensu* per significare, nonchè un fatto propriamente detto, una dazione, un' astensione, una prestazione qualunque), la legge dichiara esservi eccezione a questa regola allorchè promettendo il fatto d' un terzo io mi fo garante per questo terzo.

Ma siffatta eccezione non distrugge la regola, o almeno non la riduce a una proporzione insignificante? tanto ella è evidente i Noi lo teniam per fermo; e, sebbene gli autori i quali àn trattata la materia (1) si sforzino di trovar un senso serio in questa regola, ci ne sembra facile stabilire che non può averne alcuno.

L' espressione *farsi garante* (*se porter fort*) per un terzo deve innanzi tratto esser ben compresa. Or tutti convengono che *farsi garante* si è promettere sotto la propria responsabilità che il terzo farà tutto ciò di cui trattasi; garentire che esso terzo, dal quale soltanto può esser procacciato l' oggetto promesso, verrà egli medesimo a eseguir l' obbligazione, o almeno a contrarla personalmente.

Nella stipulazione romana, quando unica obbligazione era quella categoricamente espressa nelle parole formalmente pronunziate, il promettente, qualunque stato fosse il suo pensiero, non s' era validamente fatto garante e non si trovava obbligato se non aveva detto espressamente che *farebbe in modo che il terzo adempisse* la promessa, *quod si effec-*

(1) Toull. VI. 135; Delv.; Duranton, X, 209; Zachariae III.

turum se ut Titius daret spoponderit, obligatur. Ma oggi che il contratto si forma, non più *verbis*, sibbene *consensu*, per la sola volontà manifestata comechessia, è chiaro che il promettente si sarà reso garante ogni qual volta avrà manifestata questa idea, che si obbligava a far procurare la cosa o il fatto dal terzo. — Ciò posto non è egli evidente che uno si rende garante,sol perchè prometta il fatto del terzo con intenzione di obbligarsi egli,e che soltanto potrà essere altrimenti quando si sarà fatta, a titolo di mera indicazione o como offerta d'atti di cortesia, una di quelle promesse che dannosi senza alcun' idea di legarsi.

Così per esempio quando io ò detto: « vi prometto che Pietro vi venderà la sua casa », l' una delle due: o 1° io ò soltanto voluto, sia rassicurarvi con questa semplice indicazione: « *Io ò luogo di credere che Pietro vi venderà*, » sia promettervi un servigio d'amico, « *farò il mio possibile onde Pietro vi venda e spero riuscire*, » ma senza pensare a contrattare, ad obbligarmi; ovvero 2° ò inteso contrattar con voi, mettermi ne' legami d' un' obbligazione e allora le mie parole non ànno altro senso possibile che questo: « *Io vi garentisco* che Pietro vi venderà; *mi obbligo* a procurarvi siffatto risultamento. » Or questo è appunto rendersi garante, essendo aperto che la frase significa: » *mi o bligo a fare che Pietro vi venda!* »

Riconosciamo adunque che tutto si riduce a questo: o il promettente à inteso obbligarsi e con ciò si è reso garante, talchè l' obbligazione è valida secondo il nostro articolo; ovvero non à mica avuto in animo di obbligarsi, e allora è ben chiaro non esservi contratto, dacchè il contratto non si forma che mercè l' accordo delle volontà.

431. E tanto è vero che il solo caso in cui altri non si sia forzosamente reso garante è quello in cui à promesso senza volersi obbligare, che il Toullier (n. 135 in fine), pur volendo provare il contrario, così termina la sua discusione: « Prometter semplicemente che un terzo farà, e garentire che farà, son due cose evidentemente diverse. *Nel primo caso*, chi promette *non intende punto obbligar la sua persona* (1)! »

Ed evidentemente perchè in questo caso scorsero una mancanza di consenso, i compilatori rannodarono alla materia del *Consenso* queste idee, di che il Pothier s' occupava a proposito dell' *Oggetto* de' contratti...

Infine (chè tutti gli elementi di decisione concordano su questo punto), i redattori intesero così certamente che promettere il fatto d' un terzo (coll'intenzione d'obbligarsi) o rendersi garante per questo terzo son la medesima cosa, che nella sposizione de' motivi il Bigot, uno de' redattori, disse che appartiene l' azione d' indennità per rifiuto di ratifica del terzo *a colui al quale si è promesso* il fatto del terzo contro la persona che à *data questa promessa*. (Fenet, XIII).

Adunque la prima parte dell'art. 1119, il principio, in apparenza sì importante, che uno non può obbligarsi per un altro, salvo si renda garante, si riduce a dire non potersi formare un contratto *senz' averne la volontà* e che non si obbliga convenzionalmente *chi non intende obbligarsi*. Per fermo ei non portava il pregio di dirlo!

432. È aperto, del rimanente, che debbono i tribunali decidere in fatto e a norma delle circostanze, se colui che à promesso abbia o no inteso obbligarsi. E non è men patente che sarà da decidere affermativamente tutte le volte che la promessa, per quanto vaga sembrar possa la sua redazione, si trovi in un atto in buona forma; la sola circostanza ch' io abbia firmato un tal atto a documento della mia promessa ben prova che ò inteso obbligarmi; chè non si fa mica un atto per dare una semplice indicazione o promettere un semplice servigio da amico. Questa volontà d' obbligarsi sarebbe ancora manifesta, se il promettente si fosse sottomesso a una clausola penale, ossia a pagar de' danni e interessi.

433. II. Riconosciuto una volta ch' io ò inteso obbligarmi, l' una delle due: o il terzo pel quale mi son reso garante ricuserà di contrattare, e allora, l' obbligazione ch' io aveva assunta non trovandosi adempiuta, io dovrò de' danni e interessi pel pregiudizio che subirà l'altra parte (cass. 1 mag. 1815), ovvero questo terzo ratificherà l' obbligazione ed io sarò pienamente liberato, ancorchè egli ricusasse poscia di eseguire. In quest'ultimo caso, a lui solo evidentemente può il creditore domandare i danni e interessi, poichè a lui solo si può rimproverare di non adempire la sua promessa; chè la mia è adempiuta.

Beninteso, sarebbe la cosa altrimenti, se, non contento di promettere l' obbligazione del terzo, io avessi garentita proprio l' esecuzione della sua obbligazione, i danni e in-

(1) E' invero da stupire che il dotto annotatore di Toullier, il Duvergier,non rilevi e sembri pertanto approvare col suo silenzio le frasi, veramente vuote di senso onde il primo ne' commi 3, 4 e 5 del n. 135 cerca spiegare come si possa promettere *con un contratto* che un terzo farà o darà, senza però rendersi garante. Egli è evidente al contrario che fare d' una simile promessa, l' oggetto d' un contratto si è *obbligarsi* e quindi *rendersi garante*.

teressi potrebbono allora, in caso d' inesecuzione, esser domandati, sia al terzo, sia a me medesimo.

1121. (1075). Si può egualmente stipulare a vantaggio d'un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per sè stesso o in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può più rivocarla se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.

SOMMARIO.

I. La promessa a favor del terzo non può esser l'obbietto d'un contratto; ma non può essere una condizione o un onere.
II. A che si riduce il secondo principio dell' art. 1119. Seconda eccezione a questo principio.
III. La stipulazione a favor del terzo è un' offerta di donazione: conseguenze. Ma è dispensata dalla forma notarile.

I. 434. Questo articolo fa eccezione al secondo principio dell' art. 1119, come al primo fa eccezione il 1120: la parola *parimenti* si riferisce al *nondimeno* del testo che precede, e significa che, *anche per eccezione* si può stipulare in nome proprio per un terzo ne' casi qui indicati.

Dopo aver detto che ciò che non concerno l' interesse personale del creditore non può esser l' *obbietto* del contratto, il Pothier aggiungeva, e con ragione: « ma ciò può essere *in conditione aut in modo.* » La cosa o il fatto che solo a un terzo debbono esser utili non possono costituire l' *oggetto* d' una convenzione tra voi e me, postochè l' obbligazione non nasce punto, quando il suo oggetto è inutile al creditore; ma nulla impedisce che costituiscano una *condizione* o un *onere* della nostra convenzione, poco monta d' altronde che questa convenzione sia a titolo oneroso o gratuito. Tal è eziandio la regola fermata con la prima frase del nostro articolo, che toglie evidentemente i due vocaboli *condizione* e *stipulazione* nel loro senso generico, e significa ch' io posso benissimo stipulare a favor d' un terzo, quando la mia stipulazione si trova non essere che una condizione o un onere (*conditio aut modus*) del contratto o della donazione ch'io fo.

Così, quando io vi vendo la mia casa per 80,000 fr., o quando ve la dono, ma sotto la condizione, val dire coll' onere, di pagar a Paolo 100 fr. l' anno sino alla sua morte, questa stipulazione a favor di Paolo sarà valida. E difatti qui non ci à più convenzione nulla per manco d' obbietto utile, e voi siete davvero legato con la promessa che fate a prò di Paolo; chè, se non l' adempiste, io potrei convenirvi in giudizio per la rescissione della donazione o della vendita (articoli 953, 1654). — Parimenti, quando io dichiaro donarvi la mia casa, o vendervi il tal bene, od obbligarmi a procacciarvi il tal vantaggio, se presterete o donerete il tal cavallo a Paolo; questa stipulazione a favor di Paolo vi legherà verso di me, poichè non potete sottrarvi alla sua esecuzione, che facendo mancar la condizione da cui dipende l' esistenza del contratto che io ò formato con voi.

II. — 435. Si vede che questa regola del nostro articolo non sarebbe occorso formolarla come eccezione al secondo principio dell' art. 1119, se questo principio fosse stato espresso, come si conveniva, nei seguenti termini: « la stipulazione fatta a favor d'un terzo non può valere quando la cosa così promessa fu l' obbietto del contratto; » ovvero se (e sarebbe stato anche meglio) i compilatori si fossero contentati d' esprimer nell' art. 1119 quest' idea, che già vi si trova in germe, non esservi *obbietto valido* d'una obbligazione da quello in fuori *che offre allo stipulante una utilità, alla prestazione della quale egli potrà astringere il promettente.*

Siffatta osservazione ci conduce a indicare una seconda eccezione al principio finale dell' art. 1119. Ha luogo questa nuova eccezione e la mia stipulazione a favor d' un terzo è valida, benchè formi *l' obbietto* del mio contratto, s' io ò avuto cura di sottometterla ad una clausola penale. Così voi vi obbligate verso di me a fare la tale o tal cosa per Pietro; ma conveniamo che, se non la farete, mi pagherete 1,500 fr. di danni e interessi. In cotal caso è chiaro aver io interesse che voi facciate la cosa. Che rileva che questo interesse non sia apparente di per sè e valutabile per tutti, dacchè lo valuta il contratto medesimo?... Io potrò dunque convenirvi e costringere ad eseguire; in caso di rifiuto farmi autorizzare dal giudice a far eseguire da altri a vostre speso, se la natura della cosa il permetta; o infine farvi condannare a pagarmi i danni e interessi convenuti.

Nè contro questa decisione s' avrebbo ad argomentare dal testo dell' art. 1227, che dichiara nulla ogni clausola penale stipulata per garenzia d' un'obbligazione nulla. La clausola penale avendo qui per iscopo e per effetto di estimare e d' assodar l' interesse, la cui sola mancanza rendea nulla l' obbligazione e la cui presenza la rende valida, l' aggiunzione di questa clausola penale, validando così l' obbligazione principale, la sottrae alla regola dell' art. 1227. Questo arti-

colo evidentemente non parla che delle obbligazioni le quali restan nulle dopo l' aggiunzione della clausola penale come prima.

III. — 436. La seconda frase del nostro articolo dichiara che colui il quale à fatta una stipulazione di cui non dee profittare personalmente (ma che si trova però valida, perchè, in luogo di costituir l' obbietto del suo contratto, non ne è che una condizione o un onere) non può più rivocarla, quando il terzo a cui favore è fatta ne à accettato il benefizio.

Questa stipulazione difatti costituisce veramente ne' rapporti tra lo stipulante e il terzo una donazione la quale non può esser perfetta senza il concorso delle volontà del donante e del donatario. Finchè il donatario non accetti, non ci à da parte dello stipulante che un' offerta, una pollicitazione ch'egli è sempre in libertà di ritirare. E poichè soltanto dal concorso delle due volontà può nascere il dritto, è una conseguenza evidente, benchè disconosciuta dal Duranton (X - 248), che, se la morte, vuoi dello stipulante, vuoi del terzo, seguisse innanzi la costui accettazione, non essendo più possibile la riunione delle due volontà, il terzo o i suoi eredi non potrebbero profittar dell' offerta; chè la donazione non si sarebbe punto compiuta. La dottrina contraria d'antichi giureconsulti, sulla quale s' appoggia il Duranton, non può qui esser di gran peso, stantechè quei giureconsulti insegnavano che la stipulazione non potea mai esser rivocata dal solo stipulante, e il Codice rigetta apertamente siffatta idea (Pothier, n. 73).

Che se la liberalità fosse ai terzi offerta, non dallo stipulante soltanto, ma da ambe le parti (il che si proverebbe, sia coi termini dell' atto, sia con le circostanze) e il promettente pertanto non si fosse obbligato che con animo di gratificare il terzo, egli è patente che la rivocazione non potrebbe più emanare dal solo stipulante e non potrebbe farsi che col comune accordo di ambe le parti.

437. Del resto, quantunque la stipulazione di cui si tratta costituisca senza fallo una liberalità, siccome non si produce che accessoriamente a un altro contratto, è naturale di non sottometterla ad altre forme, tranne quelle richieste pel contratto da cui dipende. Se dunque la convenzione ond'essa è una condizione non è proprio una donazione, sarà valida senz'alcuna necessità d' atto notarile (art. 1973). E, poichè la donazione fatta in tali congiunture è *per sè medesima* dispensata dalla forma notarile e, se dee talvolta esserne rivestita, gli è soltanto *per accidens*, e perchè si trova in un'altra donazione, si dee dunque riconoscere che l' accettazione richiesta dal donatario non sarà mai sottomessa alle forme rigorose dell' art. 932; e, ancorchè la stipulazione si trovasse in una donazione tra vivi, l' accettazione potrebbe farsi con atto privato o eziandio risultare sufficientemente dalle circostanze. — Gli autori e la giurisprudenza son concordi su questo punto (1).

1122. (1076). Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.

SOMMARIO.

I. Svolgimenti sull' articolo.
II. Osservazioni generali su' quattro art. 1119 a 1122.

I. — 438. I redattori ànno scritta questa disposizione come quella che apporti un'ultima eccezione a' due principî dell' art. 1119. Diciamo *a' due principii*, essendo manifesto che *stipulare* si prende qui nel suo senso generico e come sinonimo di *contrattare*. L'articolo 1119 avea detto non potersi contrattare per altrui; il nostro articolo dice che i nostri eredi e tutti i nostri aventi causa sono eccettuati da questa regola, e che non pure si può contrattare per loro, ma è presunzione che siasi sempre fatto, almeno in generale.

Questa pretesa eccezione di fermo non avea d'uopo d'esser formolata. I nostri eredi, o propriamente o impropriamente detti, e al par di essi i nostri legatari o donatari universali, succedono all' insieme de' nostri dritti attivi e passivi (art. 724, 1103, 1010 ecc.); gli altri nostri aventi causa, ossieno coloro cui noi abbiam trasferiti i tali dritti particolari, ci succedono parimente in quanto a questi dritti. Or, poichè tutte siffatte persone son nostri successori e così trovansi in luogo nostro, non era mica utile, anzi è inesatto, dir che vi sia eccezione per esse all' art. 1119. Imperocchè il senso di questo articolo si è che noi non possiamo applicare *immediatamente* a terzi, senza farlo poggiare su noi stessi, l' effetto de' nostri contratti, laddove qui a noi medesimi applichiamo questo effetto per poi riportarlo sopra altri i quali non fanno che succedere a noi. In diffini-

(1) Grenier, n. 71, Duranton, VIII, 117, Coin-Delisle, art. 932, n. 21; Zachariae, II; Lione 10 g. 1817, Rig. 5 nov. 1818.

tiva, il nostro articolo riesce a dire che *noi possiam trasmettere* i dritti cui le nostre convenzioni fan nascere pro o contro noi; e certo non era mestieri d' un testo di legge per dircelo (1).

Beninteso, ei non è necessario (onde un dritto si consideri come trasmesso da me a' miei successori, e la mia stipulazione produca tutto il suo effetto per costoro) che il dritto abbia avuto la *sua esistenza compiuta*, perfetta, per me stesso; basta che sia esistito *in germe* pro o contro di me. Così, quando lo vi do la mia casa. che vale 10,000 fr., convenendo con voi che me la pagherete 20,000 fr., se io perdo la tal lite, e che l' avrete per nulla se io la guadagno, è chiaro ch' io ò sin da ora contro di voi un credito condizionale, una speranza, che posso donare, vendere o cedere altrimenti a chi mi piaccia: e se poi perdo la causa, quegli, a cui l' ò ceduta e che è divenuto mio avente causa, sarà vostro creditore perfetto de' 20,000 fr., sebbene io stesse non abbia mai avuta questa qualità. Che se, in luogo di far così cadere la condizione sull' esito d' una lite, noi avessimo convenuto, esempligrazia che voi pagherete la casa 20,000 fr., s'io muoia prima di voi, e che vi rimarrà per nulla nel caso contrario, è chiaro che la mia premorienza, ove si avveri, vi renderà debitore puro e semplice de' 20.000 fr. verso i miei eredi; comunque nol siate mai stato verso di me. In ambi i casi il dritto non è già cominciato ne'miei successori, si è soltanto sviluppato in essi: l' ò io trasmesso loro nel germe che già esisteva per me medesimo; e ciò basta.

439. Neppure è necessario che, formando il contratto, il quale dee produrre il suo effetto per me e pei miei eredi, o anche pe' miei eredi soltanto, io designi costoro con la lor qualità d' eredi; basta, come sempre, che il mio pensiero si faccia palese. Così, quando io convengo con voi che l' ultima frazione della somma che mi dovete non sarà esigibile che da *mio figlio* cinque anni dopo la mia morte, è chiaro ch' io non ò indicato mio figlio che come il mio futuro erede; e che, se per la premorienza, la rinunzia o l' indegnità di lui io avessi per erede un nipote o un cugino, questi sarebbe creditore e potrebbe farsi pagare dopo i cinque anni dalla mia morte come avrebbe fatto mio figlio. Reciprocamente sarebbe lo stesso, se fossi io vostro debitore e stipulassi che il mio debito non vi sarebbe pagato se non cinque anni dopo la mia morte *da mio figlio*. E beninteso, sempre così sarebbe, se in cambio di designare il mio futuro erede con la sua qualità, l' avessi sol designato col suo nome. Così, quando conveniamo che alla mia morte voi pagherete il prezzo della vendita ch' io vi fo a *Paolo* (che si trova il mio più prossimo erede presuntivo), si comprenderà bene ch' io ò voluto dire *al mio erede*; e se non raccogliesse Paolo la mia successione, voi dovreste pur sempre pagare al mio erede, chicchè egli si fosse. — Ma, qualora dalle circostanze risultasse, che si è inteso restringer l' effetto del contratto alla persona dell' erede designato, che l' intenzione è stata che la stipulazione o la promessa non s'applicasse che all' erede figlio o all' erede Paolo, è aperto che cotesta intenzione sarebbe seguita, è che, s' io avessi per erede ogni altra persona, tranne mio figlio o tranne Paolo, il contratto punto non si eseguirebbe, perchè ne sarebbe mancata la condizione. — Che se, infine, stipulando siffattamente per un terzo designato, io non avessi considerata al postutto che la sua persona, prescindendo eziandio dalla qualità d' erede (esempligrazia se ò stipulato per Paolo, mio nipote, allorchè ò dei figli), la stipulazione in tal caso, non essendo fatta pel mio erede, sibbene per un estraneo, è chiaro che sarebbe nulla; ed ancorchè il terzo, per effetto di avvenimenti da me non preveduti, divenisse poscia mio erede, il contratto resterebbe saldo egualmente.

In tutto ciò si par manifesto non esservi che quistioni di fatto e d' interpretazione d' intenzione, quistioni che i tribunali deciderebbono a tenor delle circostanze. Non è dunque da stupire che i giureconsulti romani avessero deciso questo punto diversamente (Paolo, 17, § 4, D., *de pactis*; Celso 33 ivi), ed à avuto torto il Pothier di dire in un modo assoluto (n. 62) che: « Se noi stipuliamo per un tale, ancorchè costui divenga in prosieguo nostro erede, non sarà perciò valida la stipulazione;» ciò sarebbe vero talfiata, ma sarà falso le più volte.

440. Si è domandato su questa materia, se possa farsi con efficacia una stipulazione o una promessa per uno o più degli eredi invece d' applicarla a tutti. Noi non esitia-

(1) I nostri aventi causa *lato sensu* son tutti coloro che trovansi messi in nostra vece, sia per tutti i nostri dritti in generale, sia pel tale o tal dritto particolare, *omnes causam nostram habentes*: per guisa che i nostri eredi sono evidentemente i nostri aventi causa. Ma d' ordinario non si dà punto a costoro siffatto nome di aventi causa, il quale trovasi più specialmente riservato agli altri successori (legatari, donatari, compratori ecc.) Perciò il nostro articolo, come gli articoli 1319, 1322 ed altri, oppone gli *eredi* ai semplici *aventi causa*.

mo a rispondere negativamente per tutt' i casi ne' quali la quistione può presentarsi, attesochè vi sarà sempre una liberalità, la quale non potrebbe valere che secondo le forme speciali della donazione o del testamento, e non come contratto ordinario. — Veggiamo in prima il caso di stipulazione. Io vi vendo la mia casa per 20, 00 fr., di cui a me pagherete gl' interessi durante la mia vita; e pagherete la somma alla mia morte a Pietro, primogenito de' miei figli: è chiaro ch' io qui tolgo 10, 000 fr. a Paolo mio secondo figlio per darli a Pietro, e che per costui ci à in quanto a questi 10, 000 fr. una liberalità, la quale non potrebbe valere se non mercè un testamento o una donazione per atto autentico, in cui Pietro venisse ad accettare espressamente il credito. E quandanche io convenissi con esso voi che, dopo avermi pagato l' interesse de' 20, 000 fr., sarete liberato pagando a Paolo 10,000 fr. (in luogo di 20, 000), vi sarebbe pur sempre liberalità per quest' ultimo; giacchè il prezzo reale della vendita è qui di una rendita vitalizia, più 10, 000 fr. pagabili alla mia morte, e coll' attribuire a Pietro la totalità di questi 10, 000 fr. io gliene attribuisco per liberalità 5, 000, che tolgo a Paolo. —Supponiamo ora una promessa. Noi conveniamo che i 20, 000 fr. ch' io vi debbo vi saran pagati alla mia morte da Paolo: siccome il mio debito di 20, 000 fr. al momento della mia morte si divide di pieno dritto e a porzioni uguali tra' miei due figli, è chiaro che facendo pagar il tutto da Paolo, io vantaggio Pietro della metà; do a lui 10, 000 fr. di più che al fratello nella divisione de' miei beni; e siccome qui trattasi dell' attribuzione de' beni ch' io lascerò morendo, la disposizione non potrebbe farsi che con un testamento o con una donazione dei beni futuri (art. 1082). Che se, pur esigendo da me l' interesse de' 20, 000 fr., mia vita durante, voi dichiaraste contentarvi d'un capitale di 10, 000 fr. dopo la mia morte, non potrei io tampoco metter col nostro contratto a carico di Paolo la totalità di questi 10, 000 fr.; chè sarebbe ancora un vantaggiar Pietro di 5, 000 fr. nella divisione del patrimonio ch' io lascerò morendo.

In tutt' i casi adunque il figlio, a detrimento del quale trovasi tutta la liberalità, potrebbe, morto me, far annullare la clausola che lo pregiudica.

441. L' ultima parte del nostro articolo non presenta veruna difficoltà. Essa dichiara che i dritti, sieno attivi, sieno passivi, risultanti dalle nostre convenzioni posson cessare d' essere trasmissibili a' nostri eredi o aventi causa: 1° per la volontà espressa dello parti, o 2° per la natura stessa del contratto. Possonsi citare come esempi del secondo caso la convenzione che crea un usufrutto (art. 617) o un dritto d' uso (art. 631), il contratto di locazione d' opera (art. 1795), la comunione fra coningi (art. 1441), la società (art. 1865), il mandato (art. 2003) ecc. Notiamo, del resto, che il dritto non trasmessibile può esser tale assolutamente, come l' uso (il quale mai non può esercitarsi da altra persona eccetto quella a cui appartiene, giusta l' art. 631) o relativamente soltanto agli eredi, come la rendita vitalizia o l' usufrutto (che benissimo esser possono alienati dal titolare a favor di terzi). Avvertiamo altresì, che alcuna volta bisognerà interrogare le circostanze per sapere, se la natura del contratto permetta o no la trasmissione de' dritti; àssene un esempio pel commodato nell' art. 1789.

Per ciò che spetta il caso in cui le parti ànno avuto cura d' esprimere formalmente che il dritto non sarebbe trasmessibile, sia assolutamente sia per la tal classe di successori, si dovrà sempremai seguir l' intenzione delle parti, ch' è quella che fa la legge del contratto.

II. —**442.** Ora che abbiamo studiati i nostri quattro art. 1119 a 1122, è facile comprendere quel che già abbiam detto, che le disposizioni di questi articoli non avean punto mestieri di trovarsi nel Codice, e che tutto al più avrebbon dovuto ridursi a poche parole, allogate parte nella sezione *dell' obbietto* de' contratti, parte nella sezione *dell' interpretazione* delle convenzioni.

Circa ai due principi fermati nell' art. 1119 e a ciascuno de' quali apportano un' eccezione i due articoli seguenti, essi significano semplicemente: 1° che colui, il quale promette il fatto o la cosa d' un terzo, senza intendere d' obbligarsi, non contrae obbligazione di sorta; che al contrario quegli che promette obbligandosi, si rende con ciò garante o si sottopone a danni e interessi ove la sua promessa non si compia (art. 1119 e 1120); 2° che colui il quale prende ad obbietto della sua stipulazione una cosa o un fatto che solo ànno interesse per un terzo, fa un atto insignificante (art. 1119 a 1121). Or, supponendo che fosse utile esprimere delle regole così elementari, è manifesto che sarebbe stato assai più logico di qui sopprimere questi quattro articoli, dicendo dapprima nella sezione *dell' obbietto* dei contratti, non esser valida obbligazione se non quella il cui obbietto presenti al creditore una utilità che egli possa costringere il promettente a procacciargli (V. art. 1128); e dipoi, nella materia *dell' interpretazione*, non potersi mai

veder obbligazione laddove le circostanze provino che una persona à promesso senza intenzione di legarsi.

443. Osserviamo nel dar fine che non bisogna confondere le stipolazioni o le promesse che una persona faccia 1° *in suo proprio nome*, e 2° *per altrui*, con quelle che far potrebbe nel caso di mandato o di gestion di negozi. Così, quando il mio amministratore vi vende il taglio del mio bosco, è vero che promette *per altrui*, per me; pure non promette *in suo proprio nome*, promette in nome altrui, in mio nome; egli è mio mandatario, mio rappresentante, mio istrumento e per bocca di lui prometto per me io medesimo. Reciprocamente, quando egli stipula con voi il prezzo della vendita, lo stipula per me e in mio nome. E allorchè la persona non à mandato, se ella non à promesso e stipulato che per fare il mio affare (se è un amico, un vicino, che si è spontaneamente incaricato dell' amministrazione, totale o parziale, de' miei beni, cui la mia lunga assenza facea periclitare), qui ancora non si è stipulato o promesso per me che in nome mio, e non è più il caso de' nostri articoli (V. art. 1372 e s., 1984 e s.) Ci contentiamo per ora di questa osservazione di cui si ravviserà perfettamente l' importanza, quando avremo studiato le materie della gestion di negozi e del mandato.

SEZIONE II.

Della capacità delle parti contraenti.

1123. [1077]. Qualunque persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge.

1124. [1078]. Incapaci a contrattare sono:

I minori,

Gl' interdetti,

Le donne maritate, nei casi espressi dalla legge;

E generalmente tutti quelli cui la legge proibisce certi determinati contratti.

444. Dopo posto per principio che la capacità di contrattare appartiene per dritto comune a tutti coloro cui non dichiari incapaci un testo formale, il Codice indica quattro classi d' incapaci di cui tre ci sono già note: 1° i minori, che si suddividono in minori ordinari e minori emancipati (art. 476 e s.); 2° gl' interdetti, nella cui categoria entrano le persone interamente colpite dall' interdizione giudiziaria, (art. 489 e s.) o legale (art. 29 C. pen.), e quelle soltanto colpite da una semi-interdizione, ossia munite di un consulente giudiziario (art. 499) 513); 3° le donne maritate (art. 217 e s.,

Le regole concernenti queste tre classi di incapaci sono state abbastanza spiegate nel libro I; e ne risulta che le parole *nei casi espressi dalla legge*, le quali par che i redattori applichino alle sole donne maritate, applicansi egualmente sotto una distinzione alle prime due classi. Si sa difatti che, se i minori ordinari e le persone colpite dall' interdizione propriamente detta sono incapaci assolutamente, gli emancipati e le persone munite soltanto d' un consulente nol sono che in certi casi. Circa alla donna maritata il lettore si rammenta ch' ella può contrattare pel suo commercio, quando ne fa professione, e per l' amministrazione della sua fortuna quando è separata di beni (art. 217, n. III).

Rispetto alla quarta categoria di incapaci, essa non comprende che persone onninamente capaci per principio, e alle quali de' testi speciali interdicano certi contratti a ragione di particolari circostanze. Così il tutore non può comprare nè torre in fitto i beni del suo pupillo (art. 450 3.°) e il contratto di vendita è vietato fra coniugi (art. 1485). V. pure gli articoli 1596, 1597, 1840 ecc.

445. Comechè il testo del Codice ponga i minori a livello degl' interdetti e delle donne maritate e gli alloghi in prim' ordine fra gli *incapaci di contrattare*; sebbene noi stessi, per tener il linguaggio del Codice e dello universale, comprendessimo sempre i minori sotto la denominazione d' *incapaci*, pure la verità è che quella che in essi appellasi *incapacità* differisce profondamente dall' incapacità degl' interdetti e delle donne maritate e non è punto nè poco un' incapacità di contrattare.

E di fermo, che è mai l' incapacità di contrattare? è lo stato di colui che la legge dichiara inabile ad obbligarsi validamente e che può quindi, fondandosi sulla sola sua qualità, far rescindere la convenzione che per avventura avesse formata. Ora è pur tale la posizione della donna maritata e dell'interdetto, ma tal non è altrimenti quella del minore, anche non emancipato. Quando l' interdetto è venuto a formare una convenzione egli stesso, in luogo di lasciarla formare dal suo tutore, egli potrà per 10 anni dalla rimossa interdizione far annullare l'atto con istabilir semplicemente che era interdetto quando lo fece. Del pari la donna maritata, che à contrattato senza l' autorizzazione del marito, potrà sino al finir del 10mo anno dallo scio-

glimento del suo matrimonio far pronunzare l' annullamento di questo contratto, senza aver altro da provare tranne la sua qualità di maritata nel momento della convenzione (art. 1304). Non è così pel minore eziandio emancipato; e vedremo sotto l' art. 1305 che lo atto fatto da questo minore solo non sarebbe mica oppugnabile pel fatto di minorità e solo potrebbe venir annullato quando il minore stabilisse esser egli stato leso con tal atto.

Sicchè il minore non è punto inabile ad obbligarsi, non è *incapace di contrattare*; è semplicemente *restituibile per lesione*. Da questa lesione in fuori e sintanto che si alleghi la sola qualità di minore, l' obbligazione rimarrebbe valida, ovechè cadrebbe innanzi alla qualità di donna maritata o di interdetto.

Ciò essendo, è strana cosa ed increscevole che il Codice, e con esso tutt' i giureconsulti, chiamino sempre il minore *incapace di contrattare*. Questa espressione è talmente abituale da non poter isperare di vederla abbandonare, ma non ci esca di mente che è una locuzione inesattissima e soltanto si può dire, chi voglia appressarsi a questo linguaggio, che il minore *è incapace di ledersi col suo contratto* (1).

1125. [1079]. Il minore, l' interdetto o la donna maritata non possono impugnare per causa d' incapacità, le loro obbligazioni, che nei casi preveduti dalla legge.

Le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l' incapacità del minore, dell' interdetto o della donna maritata, con cui esse hanno contrattato.

416. L' incapacità degli interdetti o delle donne maritate, come altresì la lesione che un minore abbia potuto subire per effetto del suo contratto, non rendendo l' atto nullo, sì soltanto annullabile, l' annullamento di esso non può domandarsi che fra' termini e sotto le restrizioni a cui l' azione trovasi sottomessa (art. 1304, 1308, 1311, 1338). Questa regola ci era già ben nota, e lo stesso è di quella che dichiara non potersi l' annullamento domandare che dalla parte incapace, non già da quella che con essolei à contrattato.

SEZIONE III.

Dell' obbietto e della materia dei contratti.

1126. [1080]. Qualunque contratto ha per oggetto una cosa che uno dei contraenti si obbliga di dare, ovvero si obbliga di fare o non fare.

417. La proposizione che il nostro articolo applica al contratto sarà molto più esatta se s' applichi all' obbligazione che ne risulta. E di fermo, l' obbligazione à sempre e necessariamente per obbietto *qualche cosa* che la parte promette di *dare*, sia nel senso stretto (trasferire in proprietà), sia nel senso più lato (procurare, far avere), o di fare o di non fare: *aliquod dandum, vel praestandum vel faciendum, vel non faciendum*. In quanto al contratto, non è sempre *un oggetto* che esso avrà; spesso ne avrà due; se il contratto è sinallammatico crea due obbligazioni, e ciascuna di queste obbligazioni avendo di necessità il suo obbietto, vi saran dunque più obbietti nella convenzione. Così, quando io vi vendo la mia casa per 60,000 fr., la casa è l'obbietto della mia obbligazione, i 60,000 fr. son l'obbietto della vostra; e questi due obbietti delle nostre obbligazioni reciproche trovansi essere entrambi gli obbietti del nostro contratto.

La redazione de' nostri articoli proviene, ben si scorge, dalla confusione fatta da' redattori tra il contratto e l' obbligazione che esso produce, da questa idea falsa che l'obbligazione e il contratto sono una sola e medesima cosa. Laonde, dopo aver parlato negli articoli 1126 a 1128 dell' obbietto *del contratto*, la legge ci parla negli art. 1128 e 1130 dell'obbietto *dell' obbligazione*: per lei è un sinonimo. Ei si sa che non era punto così nel trattato di Pothier; e le diverse regole, che ci presenta la nostra sezione sotto la rubrica *dell'obbietto e della materia* DEI CONTRATTI, son prese tutte nella sezione in cui quel giureconsulto trattava *dell' obbietto e della materia delle obbligazioni* (n. 120 e s.)

L' art. 1108, del quale le nostre diverse sezioni non son che lo svolgimento, presenta anch' esso tracce di questa confusione. Perchè, pur favellando della convenzione, i compilatori riportavano il loro pensiero sul-

(1) A conferma di questa fondata dottrina del nostro A ricordiamo quanto abbiam detto in una delle precedenti nostre note, che l' annullamento per lesione è un' instituzione morale, non giuridica perchè egli è capace di obbligarsi; quello *che la leda è valido*. Il contratto *che non leda* il minore, da lui sottoscritto, *è valido in dritto*, del pari *in dritto*, ma la legge lo rescinda *in nome della morale* a causa della lesione. Per non aver fatta questa essenziale differenza, si è caduto nella erronea locuzione rilevata dal Marcadè.

Il Trad.

l' obbligazione, perciò non àn richiesto che *un oggetto*, *una causa* per la validità del contratto, laddove spesso saran necessari più oggetti d'obbligazioni o pertanto più cause, dacchè la causa d' un' obbligazione trovasi esser precisamente l' oggetto dell' obbligazione correlativa (art. 1108, n. V).

1127. (1081). Il semplice uso o il semplice possesso d'una cosa può essere oggetto di contratto, come la cosa medesima.

448. Niun bisogno v' era di dir ciò nella legge: si può torre a obbietto di un' obbligazione un fatto qualunque, una cosa qualunque, un dritto qualunque su questa cosa. Che questo dritto sia reale o personale, che sia l' usufrutto del vostro fondo, una servitù sulla vostra casa, o la facoltà di servirmi del vostro cavallo per far un viaggio, poco monta: tosto che quello a cui vi obbligate può essermi utile, tanto basta.

1128. [1082]. Le sole cose che sono in commercio possono essere oggetto di convenzione.

449. Le cose e i fatti, i quali, sia per natura loro, sia per la volontà formale del legislatore, trovansi messi fuor del commercio e sottratti alla disposizione dell' uomo, non possono evidentemente venir accettati dalla legge come obbietto di un' obbligazione.
Troviamo come posti fuor del commercio:
1° Le cose che non sono nella natura. — Così è patente che la promessa di somministrar un ciclope non potrebbe esser fatta che per celia o per manco di ragione.
2° I fatti fisicamente impossibili. — Così non si potrebbe fare, con intenzione ragionevole di obbligarsi, la promessa d' andar in un giorno da Parigi a Costantinopoli.
3° I fatti illeciti e che appellansi talfiata impossibili legalmente, moralmente. — I fatti illeciti son quelli che trovansi o proibiti dalla legge o contrari a' buoni costumi o contrari all' ordine pubblico (art. 1133). Son vietati dalla legge tutti i fatti colpiti da una disposizione penale (i misfatti, i delitti e le contravvenzioni). La classe de' fatti contrari a' buoni costumi, benchè si confonda in gran parte con la precedente, pure talvolta se ne distingue; chè ci à dei fatti cui la legge penale punto non colpisce, ma riprova tuttavia la morale pubblica. In quanto all' ordine pubblico, vuolsi interdere per esso uno stato di cose che il legislatore ha evidentemente a cuore di mantenere come utile o anche come necessario al bene della società: così io non potrei obbligarmi validamente a non usar de' miei dritti elettorali.
4° Le cose del demanio pubblico, ossia i beni pubblici dello Stato o de' comuni (*osserv. pret.* degli art. 537 e s.). — Così i fiumi, le vie pubbliche, le chiese non possono, come tali, considerarsi obbietto di particolari convenzioni. Ma benissimo potrebbe farsi una promessa avente ad obbietto di farli divenir beni privati e a questo titolo procurarli: così io posso validamente obbligarmi a far che un tratto di terreno cessi d' essere strada comunale e a farvelo ottenere in permuta del tal altro terreno; e s'io non riesco, vi dovrò de' danni-interessi.
5° Le persone e tutto che concerne il loro stato civile — Così io non posso vendermi a un altro; non posso mercè una convenzione spogliarmi de' dritti che ò su' miei figli, sciogliere il mio matrimonio, autorizzar mia moglie a separarsi da me ecc.... Senza dubbio taluni contratti riguardanti lo stato delle persone sono affatto leciti; ma, a differenza dalle convenzioni ordinarie, dalle convenzioni pecuniarie (che sono sempre possibili per dritto comune e non sono interdette che con testi espressi), questi contratti son interdetti per principio, e solo divengon validi per eccezione, nei casi e sotto le condizioni formalmente indicate dal legislatore: tali sono il matrimonio e l'adozione.
6° Infine le cose che son tolte al commercio con una disposizione formale della legge, come le biade in erba (L. 3. messid. anno III), i veleni, certe armi, e nella stessa nostra sezione le successioni di persone ancor viventi (art. 1130).
450. Si vede del resto che queste varie classi rientrano un po' le une nelle altre. Imperocchè come contrarie alla sana morale son proibite le stipulazioni su una successione futura; e del pari in uno scopo d'ordine pubblico, per la sicurtà generale dello Stato, inibisce la legge la vendita delle biade in erba, de' veleni ecc. (V. la spiegazione dell' art. 6).

1129. [1083]. L'obbligazione deve avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie.
La qualità della cosa può essere incerta, purchè possa determinarsi.

451. Questo articolo trovasi già spiegato da ciò che si è detto nel n. IV dell'art. 1108, ove si è veduto che l' oggetto debb' essere o immediatamente determinato o almeno determinabile in un grado sufficiente, onde il promettente sia legato sul serio e possa e a

ser costretto a procurare allo stipulante una utilità reale. Tal è il senso patente di questo testo, il quale, esigendo un obbietto determinato *in quanto alla sua specie*, non intende certo proscrivere le obbligazioni di *genere*, chè in sostanza un genere non è che una specie per rispetto a un genere più ampio, e la specie diviene un genere per le specie più ristrette che abbraccia. Non s'avrebbe a dire, esempligrazia, che la promessa di dar un cavallo sia nulla, perchè la parola *cavallo* indica un genere che comprende diverse specie di cavalli; nè sarebbe da dir tampoco che la promessa di dar *un quadrupede* sarà valida, perchè è una specie del genere animale . . . . Torniamo a dire, ogni genere è specie e viceversa; e ciò che la legge intende esigere è una specie o un genere abbastanza determinati; ciò che intende proscrivere è il genere talmente illimitato e il quale lasci tal latitudine che a nulla di utile potrebbe esser astretto il promettente.

In questo principio, come abbiam già detto, rientra questa seconda regola dell' art. 1119, che io non posso stipulare una cosa o un fatto il quale non dovesse profittare che ad un terzo, attesochè l' obbietto della promessa non presenterebbe a me veruna utilità ed io non avrei interesse, nou azione per sperimentarne l' esecuzione.

1130. (1084). **Le cose future possono essere oggetto di un' obbligazione.**

Non si può rinunciare però ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione sopra la medesima successione, neppure col consenso di quello della cui successione si tratta.

452. Le cose che non esiston peranco, ma che debbono esistere più tardi, possono benissimo essere l' obbietto d' una promessa; così io posso vendervi la raccolta che il mio campo produrrà l' anno venturo. Ma la legge fa eccezione a questo principio quando la cosa futura è una successione; e l'art. 791 ci à già dichiarato non potersi fare alcun patto sulla successione d'una persona ancor vivente, neppure in un contratto di matrimonio, ad onta del favore d' un tal atto. La è questa, egli è risaputo, una derogazione alla nostra antica giurisprudenza; ed il nostro articolo vuole che, contrariamente al dritto romano, simili stipulazioni non divengano tampoco possibili con l' assenso del *de cujus*. Si conoscono, del resto, le derogazioni che arrecano a questa proibizione gli art. 761 e 1082.

SEZIONE IV.

DELLA CAUSA.

453. La nostra sezione, giusta la rubrica e l' andamento del capitolo, s' occupa della causa *della convenzione*, e tal è difatti l'espressione di cui si servirà l' art. 1132, laddove l' art. 1131 parla della causa *dell' obbligazione*. Altra conseguenza dell' aver confuso i compilatori il contratto e l' obbligazione che esso fa nascere. Questa circostanza, in quanto riflette il nostro capitolo, non à nulla di troppo grave: e ci basta far qui notare come abbiam fatto per l' *obbietto* delle obbligazioni, che, se l' *obbligazione* non à uopo che d' una causa, il *contratto* per l' opposto dee spesso averne più d' una, mercecchè spesso presenta più obbligazioni.

Del rimanente la causa dell' obbligazione è, come si è detto nel num.° V dell' articolo 1108, il motivo immediato di essa; è il vantaggio che mi procaccia l' altra parte in tutti i contratti a titolo oneroso (sieno sinallammatici, sieno unilaterali); e il desiderio di render servizio no' contratti di beneficenza. Se il contratto a titolo oneroso è sinallammatico, *la causa* di ciascuna obbligazione si trova nell' *oggetto* dell' altra (1).

454. Il nostro testo dichiara priva d' ogni effetto, e quindi nulla radicalmente, ogni promessa fatta 1° senza causa, o 2° su una causa falsa, o 3° su una causa illecita.

Non può esservi promessa senza causa, che non sia quella d' un matto o d' una persona la quale, per una circostanza qualunque, si trovasse attualmente priva d' ogni ragione; è chiaro che quando una persona, nella pienezza del suo senno, dichiara d' obbligarsi a

(1) Il Taulier nella sua *Teorica del Codice civile* insegna, la causa d' un contratto non esser mai altro che *la cosa in ricambio della quale è promessa un' altra*; donde egli trae la conseguenza, altamente logica difatti, che *la donazione è un contratto senza causa*!! Secondo questo preteso principio converrebbe dire altresì che i contratti di mandato, di commodato, di deposito, si formano *senza causa*! — Il più strano si è che l' autore medesimo ci dice altrove che *il contratto senza causa è nullo di pieno dritto*, che *non à tampoco un' esistenza precaria*, che esso è *proprio il nulla*! Se la donazione, il mandato ecc. son de' contratti senza causa, e il contratto senza causa è il nulla, non ci à dunque donazione legalmente possibile, non mandato, non deposito ecc.

Un altra idea dello stesso professore è che non esistano contratti unilaterali: tutti i contratti, egli dice sono sinallammatici, tutti contengono delle obbligazioni reciproche!... (IV, p. 255, 286, 337).

Per fermo idee siffatte non si confutano.

pagarmi una somma di danaro, ella à un motivo qualunque per farlo, non fosse altro che il desiderio di farmi un dono. Sicchè la pretesa obbligazione senza causa non sarebbe nulla soltanto per manco di causa, per l'assenza della 4a condizione richiesta dallo art. 1108, ma eziandio per l'assenza della 1a condizione, cioè del consenso, per l'inesistenza del contratto che dovea far nascere l'obbligazione. Ma questa prima parte del nostro articolo può applicarsi, senza alcuna ipotesi di deficienza di ragione, per una causa futura o almen successiva.

Così, quando io loco la vostra casa per tre anni e a capo di sei mesi si trova bruciata, è chiaro che la mia obbligazione di pagarvi la pigione, avendo per causa il godimento che voi dovete procurarmi, cesserà per manco di causa dal momento del sinistro. Del pari, se io ò promesso di pagarvi 500 fr. la vostra raccolta di grano, e una inondazione faccia totalmente perder questa raccolta la mia obbligazione sarà ancora nulla per difetto di causa. Beninteso, sarebbe altrimenti in quest' ultimo caso, se io avessi comprato da voi, non precisamente la raccolta, ma la probabilità d'una raccolta, ed avessimo così fatto un contratto aleatorio; chè allora questa eventualità d'aver molto, poco, o niente è stata la causa della mia obbligazione.

455. Allorchè esiste pur la causa nel pensiero del promettente, ma non à nulla di reale posto l'errore di costui, in altri termini allorchè àvvi falsa causa l'obbligazione è ancora radicalmente nulla. Così quando noi conveniamo ch' io vi darò tanti ettolitri di grano invece della somma di danaro che il testamento di mio padre mi impone di pagarvi, e scopro poscia un testamento posteriore che rivochi il vostro legato, la mia obbligazione si trova nulla per causa falsa, per manco di causa reale. E di fermo, la mia promessa di darvi del grano avea per causa, in mente mia, l'estinzione della mia obbligazione di pagare la somma legata; ma, poichè in realtà l'obbligazione di pagar questa somma non esisteva punto, non vi' è stata dunque estinzione; e pertanto la mia promessa di darvi del grano non à mai avuto causa.

Quando la causa esiste realmente, ma è illecita, l'obbligazione è ancora senza esistenza legale. Ben si comprende, essere illecita la causa, quando è contraria alle leggi a'buoni costumi o all'ordine pubblico(art. 1133).

1131. (1086). L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto.

456. Allorchè si stende uno scritto per rifermare un'obbligazione, non è necessario, onde quest' obbligazione sia valida, che lo scritto ne esprima la causa: purchè questa causa esista e sia lecita, altro non si richiede. Del resto, questa mancanza d'indicazione della causa nell' atto non può presentarsi che per un contratto unilaterale; giacchè in una convenzione sinallammatica le cause delle obbligazioni reciproche si troverano espresse con la semplice indicazione del contratto che si è inteso fare. Così quando noi consacriamo per iscritto che io vi vendo il mio cavallo per 500 fr., indichiamo con questa sola frase l'oggetto della causa di ambedue le nostre obbligazioni, chè la mia obbligazione à per obbietto il cavallo e per causa il vostro debito di 500 fr., come la vostra obbligazione à per obbietto i 500 fr. e per causa l'ottenere il mio cavallo.

Ma, se in un contratto, il quale non crea che un' obbligazione e pel quale si concepisce benissimo che lo scritto non esprima la causa di questa obbligazione (per es. quando si è scritto senza più: mi obbligo di pagar la tal somma ad N. alla tal' epoca), se, dicevamo, il non aver espressa la causa è indifferente in quanto alla validità dell'obbligazione, è indifferente del pari circa alla prova di questa medesima obbligazione? Cotesto scritto che non indica la causa sarà egli un titolo sufficiente pel creditore; ovvero il creditore sarà tenuto a stabilire inoltre l'esistenza della causa non indicata?... Gli è un punto sommamente controverso e pel quale più che per quello onde s' occupa il nostro articolo sarebbe stato utile un testo espresso. Questo punto del resto presenta una quistione di prova non di validità, onde non è da trattarlo qui: lo esamineremo al capitolo *della Prova* (art. 1315, n. IV).

1132. (1086). La convenzione non lascia di essere valida, ancorchè la causa non sia espressa.

457. Gli svolgimenti presentati sotto gli art. 6 e 1128 ci dispensano dall' entrare in verun particolare su questa disposizione. Facciamo solo osservare che un fatto perfettamente lecito in sè può divenir illecito appunto perchè è preso per causa di un' obbligazione e pertanto rendere l'obbligazione nulla. Così non ci à cosa più lecita del fatto di un giudice che pronunzi il rinvio d' un accusato innocente. Pure, se il giudice e l'accusato avessero convenuto che questi, per prezzo della sua futura liberazione, pagherebbe al primo 500 fr., è chiaro che l'obbligazione sarebbe nulla per causa illecita, essen-

do immorale di farsi pagare per adempiere a un dovere. Altrettanto sarebbe del depositario, il quale stipulasse da me una somma di danaro per restituirmi la cosa ch' io gli aveva confidata.

Perchè dunque la causa della mia obbligazione e l' obbietto della vostra non abbian nulla d' illecito, non basta che il fatto che le costituisce sia permesso; è duopo sia solo permesso e non già obbligatorio per sè medesimo. Dappoichè, se questo fatto vi è già imposto dalla legge o dalla morale, sarà dal canto vostro un' immoralità di non acconsentirvi che a prezzo di danaro.

458. Quando la causa della mia obbligazione non si troverà siffattamente lecita che da parte di colui verso il quale io mi son obbligato, è chiaro che io potrei farmi restituire ciò che avessi pagato in esecuzione di tal promessa, come lo potrei dopo l' esecuzione di un' obbligazione senza causa o su causa falsa. Ma, se vi fosse immoralità, opposizione al buon costume o alla legge, dal canto di ciascuna delle parti, potrebbe il promettente che à eseguito ritrattar la sua esecuzione? Molti giureconsulti, seguendo qui la dottrina del dritto romano e del Pothier rispondono negativamente. La legge, dicono, non può venire in sussidio al delinquente, non può ammettere un' azione cui il reclamante non motiva che col suo fatto illecito: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Adunque a quella guisa che lo stipulante non può invocare l' autorità per far eseguire, del pari non può invocarla il promettente per far annullare la già seguita esecuzione. La legge in tutti i casi rimarrà estranea a tali atti, e le cose rimarran sempre nello stato in cui si troveranno.

Siffatto sistema non possiamo noi adottare, sembrandoci contrario all' interesse sociale non meno che al testo della legge. E di fermo, il nostro Codice, a differenza dal dritto romano, non permette che uno mai si arricchisca con l' altrui detrimento; non vuole che mai si possa ritenere il bene appartenente a un altro. Epperò l' art. 1376 dichiara nel modo più assoluto che chiunque riceve ciò che non gli è dovuto è obbligato a restituirlo, senza distinguere perchè nè come sia stata data la cosa non dovuta; laddove il dritto romano non permetteva la ripetizione a colui che aveva indebitamente pagato se non l' avea fatto per errore. *Si quis indebitum ignorans solvit, condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (D. l. 12, t, VI, 1). Laonde ci non ai dee qui argomentare dal dritto romano; e tosto che un bene non è stato dato che in esecuzione d'un'obbligazione nulla, e quindi senza esser dovuto, non può il giudice a fronte dell'art. 1376 dispensarsi dall' ordinarne la restituzione. La dottrina contraria, di cui taluni arresti àn fatta l' applicazione alla ripetizione dalla parte del prezzo d' uffizi ministeriali convenuti all' infuori del contratto ostensibile, è infine oggi respinta dalla giurisprudenza (1).

459. Notiamo in terminando che il manco di causa o d' obbietto (di causa o d' obbietto reali, serii e leciti), al pari che il manco di consenso, non rendendo soltanto l'obbligazione annullabile (come i semplici vizi del consenso o dell' incapacità), ma impedendo che si formi, non ci avrà mai luogo a ratificare una simile obbligazione; chè non si conferma ciò che punto non esiste, *quod nullum est confirmari nequit, quod nullum est, nullum producit effectum*. La capacità del promettente e le necessarie qualità nel consenso delle parti son delle condizioni essenziali alla *validità* soltanto dell' obbligazione; ma l' esistenza del consenso, l' obbietto e la causa sono condizioni essenziali alla sua *formazione*.

CAPITOLO III.

DELL' EFFETTO (DELLE CONVENZIONI E) DELLE OBBLIGAZIONI.

460. Abbiam già detto nelle osservazioni preliminari di questo titolo che il nostro capitolo III sotto questa rubrica inesatta, *dell' effetto delle obbligazioni* s' occupa or dell' effetto *delle obbligazioni* ed ora dell' effetto *de' contratti*, due cose che non si debbono confondere. Come infatti prendere per una sola e medesima cosa l' effetto della convenzione e l' effetto dell' obbligazione allorchè l' obbligazione stessa, almeno le più volte, non è che un effetto della convenzione? . . . 1. Creare delle obbligazioni 2. estinguere delle obbligazioni 3. trasferire la proprietà o i suoi smembramenti : tali sono gli effetti della convenzione, del contratto (art. 1101, 1234, 1138). In quanto agli effetti dell' obbligazione consistono unicamente in permettere al creditore d' usare i mezzi legali 1.° per costringere il suo debitore a procurargli quella a cui è tenuto, o 2. per farselo procura-

(1) Parigi, 1 m. 44., Cass. arr. Rouen 30 l. 44; Rig. 1. ag. 44; Caen, 12 f. 45; Rig, 17 d. 45; Cass. arr. Met. 5 g. 46; Parigi 5 d. 46; Parigi 12 g. 47; Riom 10 mg. 47; Rig. 26 d. 48; Rig. 3 g. 49 (Dev. 4 i. 1, 502, 2, 307; 45, 1, 584; 46, 1, 116, 118 e 137, 47, 2, 228, 49, 1, 29 e 282).

tare da altri (se vi à luogo) a spese di esso debitore, 3.° in ultimo caso, per ottener da lui de' danni ed interessi.

E se l' obbligazione mai non produce gli effetti del contratto, il contratto reciprocamente non produce tampoco gli effetti dell' obbligazione. Senza dubbio, poichè il contratto può produrre proprio l' obbligazione, può dunque trar seco gli effetti dell'obbligazione; ma primamente non li produrrà che come conseguenze ulteriori, non come sue diritte conseguenze; in secondo luogo, il contratto può ben esistere senza far nascere verun' obbligazione, producendo soltanto delle estinzioni d' obbligazione o delle trasmissioni di dritti reali, pol infine, se l' obbligazione e quindi i suoi effetti posson risultare dal contratto, possono eziandio procedere da una fonte ben diversa: da un quasi-contratto, da un delitto, da un quasi delitto o dalla legge medesima. Sicchè, da una banda, gli effetti del contratto non possono mai esser prodotti dall' obbligazione. E in quanto agli effetti dell' obbligazione, esisteranno spesso senza che vi sia stato verun contratto; all' incontro un contratto potrà esistere senza esservi stato verun effetto d' obbligazione; e persino nel caso in cui questo effetto da un' obbligazione scaturisse, ne sarebbe sempre una conseguenza medista e lontana; starebbe, non come effetto del contratto, ma come effetto dell' obbligazione, la quale avrebbe sempre prodotto questo effetto, ancorchè non avesse avuto il contratto per principio.

461. Non àvvi dunque cosa meno esatta, men logica, della rubrica del nostro capitolo; e non vuolsi perder di vista che qui si tratta ad un tempo 1° dell' effetto dei contratti o convenzioni e 2° dell' effetto delle obbligazioni (convenzionali o no).

Noi tratteremo separatamente dell' effetto delle convenzioni in una *prima parte*, che presenterà il commentario delle sezioni I, V, VI e d' una parte della II; poi dell' effetto delle obbligazioni in una *seconda parte*, la quale conterrà la spiegazione del resto della sezione II e quella delle sezioni III e IV.

462.—*Si vede che noi apportiamo in questo cap. III una profonda inversione all' ordine del Codice; ma, per facilitare la ricerca isolata d' un testo, abbiam messo allo fine del capitolo, innanzi l' art. 1168, un quadro che indica i numeri sotto cui si trovano i diversi articoli.*

PRIMA PARTE DEL CAPITOLO III.

DELL' EFFETTO DELLE CONVENZIONI.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

1134. [1088]. Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte.

Non possono essere rivocate che o per mutuo loro consenso, o per le cause autorizzate dalla legge. Esse debbono essere eseguite di buona fede.

SOMMARIO

I. La convenzione obbliga le parti come farebbe una legge, ma non costituisce una legge, e la sua falsa interpetrazione non dà luogo all' annullamento.
II. Il mutuo consenso non può risolvere la convenzione che per l' avvenire; ma la risoluzione può aver luogo retroattivamente per le cause indicate dalla legge. Conseguenze.
III Il nostro Codice non ammette contratti *stricti juris.*

I.—463. Il primo comma del nostro articolo, dicendo che le convenzioni *tengon luogo di legge* per quelli che le àn fatte, non intende certamente dire che sieno per essi delle leggi propriamente dette, significa soltanto che queste convenzioni formano una regola alla quale le parti son tenute di sottomettersi come alla stessa legge.

Ei non si comprende che dei giureconsulti abbian potuto prendere alla lettera queste espressioni per conchiuderne che la sentenza resa in ultimo grado, la quale avesse male interpetrata una convenzione, avrebbe pertanto fatta falsa applicazione *d' una legge*, e dovrebbe esser annullata per questa causa!... Ciò sarebbe evidentemente far della Corte suprema un terzo grado di giurisdizione.

Innanzi la Corte di cassazione, come à detto benissimo Henrion de Pansey, il dibattimento non è più precisamente fra le parti, ma *fra la decisione impugnata e la legge*. Fra la legge e la decisione trattasi di pronunziare: questi due sono i soli elementi da confrontare. Così, quando risulta da una decisione che il contratto esaminato dalla corte d'appello era una vendita e che la decisione à applicati i principi della vendita, non è il caso di parlar di cassazione, ancorchè i termini dell' atto (non riferiti nella decisione) o altre circostanze attinte fuori di questa dimostrassero, che il contratto era una locazione. Certo, se una decisone, applicando ad un contratto le regole della vendita, in-

dicasse essa stessa dei caratteri i quali provassero che il contratto era una locazione, dovrebbe esser annullata; giacchè allora dal confronto del testo della decisione col testo del Codice risulterebbe essersi falsamente applicate le regole del titolo *della vendita* e violate quelle del titolo *della locazione*. Ma fintanto che non emerga *dalla decisione medesima* che essa à male interpretato il tale o il tal altro *testo della legge*, fosse pur chiaro come la luce del giorno aver essa mal interpetrato le convenzioni delle parti, altro non àvvi che un mal giudicato; perocchè evidentemente le convenzioni non sono leggi.— Questi principî, che la Corte suprema pare abbia talvolta obbliati, furon da essa consacrati il 31 dicembre 1835 sulle conchiusioni del dotto avvocato generale Nicod, e tal è eziandio la dottrina degli autori (1).

II.—464. Il secondo comma dell' articolo, quando dice che le convenzioni posson esser *rivocate* col *mutuo consenso* delle parti, deve intendersi con discernimento. Rivocare una convenzione sarebbe, rigorosamente parlando, annientarla retroattivamente, per modo che si reputasse non fatta mai; ora non può mica produrre cotal risultato il mutuo consenso delle parti; può bene estinguere le obbligazioni create o ritirare i dritti reali che s'eran trasferiti; ma non può fare che queste obbligazioni o questi dritti non sieno esistiti. Così, quando io vi ò venduta la mia casa per 50,000 fr., ben possiamo noi annientare gli effetti del contratto per l'avvenire; ma sarà sempre vero che voi siete stato proprietario della casa e che io sono stato vostro creditore di 50,000 fr. Se dunque nell' intervallo dalla vendita ch' io vi ò fatta alla rivendita che voi mi consentite, voi avete concesse delle servitù sulla casa, queste sussisteranno; e se dal canto mio io ò trasferito a un terzo una parte del vostro credito, voi rimarrete debitore di questo terzo per questa parte. Laonde tutto ciò che far può il mutuo consenso si è di ritrasferire i dritti reali o d' estinguere le obbligazioni consentite con la prima convenzione.

465. Il nostro comma trovasi per contra rigorosamente esatto, quando dice poter le convenzioni esser rivocate per le cause che la legge autorizza. Così, allorchè io fo risolvere la mia vendita, sia per incapacità, sia per violenza, sia per l' inesecuzione della vostra obbligazione (art. 1184), sia per ogni altra causa, si presume non aver il contratto avuto mai luogo: la casa, legalmente, è rimasta mia, o le servitù o altri dritti reali di che voi avete potuto gravarla svaniscono; il vostro debito di 50,000 fr. è retroattivamente annullato, e la cessione totale o parziale ch' io avessi potuto farne resta non avvenuta.

III.—466. A Roma, come si sa, l' effetto delle convenzioni dipendea sovente da regole rigide, da formole matematiche, la cui conseguenza poteva essere di obbligar civilmente colui che evidentemente non dovea nulla o viceversa; talchè il risultato più esattamente conforme al dritto diveniva spesso il più ripugnante all' equità: *summum jus summa iniquitas* (a). Era altrimenti soltanto in una certa classe di contratti, intorno ai quali le azioni permettevano al giudice di pronunziare non secondo i principî rigorosi del dritto civile, ma secondo le regole dell'equità, *ex fide bona*, *ex aequo et bono*, e perciò chiamavansi *azioni di buona fede* per opposizione alle *azioni di dritto stretto*.

Il Codice nel nostro 3° comma pone per principio fondamentale che la buona fede dovrà sempre presiedere all' esecuzione delle convenzioni. Laonde fra noi non vi à punto azioni di dritto stretto; non vi son più di quelle formole, la cui redazione debba prevalere sulla volontà dei contraenti; il giudice dee sempre pronunziare *ex aequo et bono*, ricercando con tutt' i mezzi possibili qual sia stata la comune intenzione delle parti per dar tutto il suo effetto a questa intenzione. L' articolo seguente non è che lo sviluppo di questa idea.

1135. (1089). **Le convenzioni obbligano non solo a ciò che in esse è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, la consuetudine o la legge attribuiscono all' obbligazione secondo la sua natura.**

467. Questa non è, ci par chiaro, se non la spiegazione dell' idea che le convenzioni vanno interpretate di buona fede e debbon ricevere tutti gli effetti che è stato mente delle parti di lor dare. Questa intenzione vuolsi cercarla non pur nei termini dello scritto che contiene la convenzione, ma altresì nei principî dell' equità, nell' uso del paese, nelle regole generali della legge, alle quali le parti non avrebbon mancato di derogare con una espressa dichiarazione, se non avessero inteso di conformarvisi.

Questo principio, che fa sempre duopo investigare la comune intenzione dei contraenti ci conduce naturalmente a studiar qui la se-

(1) Dev. 36, 1, 189.—Toullier (VI-193), Duranton (X-379 e 380). Zachariae (I, p. 74).

(a) E si sa come il *summum jus* sia divenuto tristamente proverbiale. *Il Trad.*

zione del nostro capitolo relativa all' interpetrazione delle convenzioni: egli è evidente, infatti, che questa sezione non può essere che lo avolgimento di siffatto principio.

1155. *Vedete per indicazione del luogo dove trovasi questo articolo la tabella posta innanzi all' articolo 1168.*

SEZIONE V.

Dell' interpetrazione delle convenzioni.

1156. (1109). Nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole.

1157. (1110). Quando una clausola è suscettibile di due sensi, si deve intendere in quello per cui può essa avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbe produrre alcuno.

468. Niuno si diverte a stender degli atti per non dir nulla. Così (è l' esempio dato dal Pothier nel cui trattato sono state copiate tutte le regole della nostra sezione) quando un atto dice che « Pietro e Paolo àn convenuto che il detto Paolo passerà *sui suoi fondi,* » benchè il senso grammaticale sia che Paolo potrà passare su' fondi di sua proprietà, non si riterrà tuttavia questa idea; essendo evidente che nessuno fa una convenzione per passare sul suo proprio terreno. Si riconoscerà dunque che Paolo à stipulato il dritto di passar su' fondi di Pietro. Tal sarà l' applicazione del nostro articolo, il qual vuole che, di due sensi, si scelga quello che dia un effetto alla clausola; e altresì dell' articolo precedente, il qual vuole che si guardi piuttosto all' intenzione che al significato letterale de' termini.

1158. (1111). Le parole suscettibili di due sensi devono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.

469. Suppongansi qui de' termini, che presentino due sensi, ciascuno de' quali darebbe effetto al contratto. Così io tolgo ad affitto la vostra casa per nove anni *mediante* 300 fr.: s' intenderà 300 fr. una volta pagati o 300 fr. l' anno? È chiaro che la natura del contratto, il fatto che trattasi d' una locazione e non d' una vendita proverebbe in generale che son 300 fr. l'anno. Ma soggiungiamo col Pothier che sarebbe altrimenti, se le circostanze indicassero l' idea contraria; e che, se si trattasse, per esempio, d' una piccola proprietà non i stata mai locata per più di 30 fr. l' anno, la somma di 300 fr. sarebbe il prezzo unico delle nove annate di fitto.

Egli è dunque aperto che le nostre diverse regole si riassumono in quest' unica, del doversi ricercare le intenzioni delle parti, e che in ultima analisi da questa son tutte dominate.

1159. (1112). Ciò che è ambiguo, s' interpreta da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto.

1160. (1113). Nei contratti si devono avere per apposte le clausole che sono di uso ancorchè non sieno espresse.

1161. (1114). Tutte le clausole delle convenzioni s' interpretano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall' atto intiero.

470. Questi tre articoli non richieggono veruna osservazione. In quanto a' due primi, l' art. 1131 ci avea già detto che dee consultarsi l' usanza non solo per chiarire le clausole dell' atto, ma altresì per completarle. Circa all' ultimo, è chiaro che non si può cogliere il pensiero dell' estensore d' uno scritto isolando gli uni dagli altri le frasi o i membri di frase.

1162. (1115). In dubbio, la convenzione s' interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratta l'obbligazione.

471. Questa regola appartiene assai meno alla materia dell' interpetrazione che alla materia della prova; essendo la semplice applicazione del principio di dritto e di ragione: *Actori incumbit probatio*. Voi mi pretendete obbligato verso di voi; esibite un atto in appoggio della vostra pretensione; ma cotesto atto dopo esauriti tutt' i mezzi d' interpetrazione non istabilisce punto il vostro preteso dritto, lascia il giudice nel dubbio: ebbene, *nel dubbio*, non vincerete altrimenti la causa. Ovvero ancora, voi allegate che io son obbligato per 1,200 fr. da un canto e per 800 da un' altra parte, e non istabilite il vostro dritto che fino a concorrenza de' 1,200 fr.: siccome si è in dubbio per gli 800 fr., questi non vi saran mica accordati; giacchè per questi 800 non avete fatta la vostra prova. Ciò significa l' articolo, allorchè dice che, *nel dubbio* ossia *in difetto di prova*, si pronunzierà contro il

preteso creditore e a favor del preteso debitore.

472. E questa regola, mal presentata e male allogata nella nostra materia, s'applicherebbe, beninteso, eziandio al caso inverso; nel dubbio sull' estinzione d' un' obbligazione, si giudicherebbe contro il debitore e in favor del creditore. Così, egli è ben riconosciuto che voi mi dovevate 1,000 fr.; voi presentate un atto da cui pretendete far risultare che siete liberato; ma l' esame e l' interpretazione di quest' atto non danno altrimenti la prova di cotesta pretesa liberazione e si rimane nell' incertezza su tal punto: voi sarete condannato a pagarmi. Che se giustifichiate una liberazione parziale, sarete condannato a pagarmi il dippiù. Infatti l' art. 1315, il primo del cap. *della Prova*, comincia dal dirci, e con ragione, che se « colui il quale reclami l' esecuzione d' un' obbligazione dee provarla, reciprocamente il debitore che si pretende liberato dee giustificare l' estinzione della sua obbligazione ».

1163. [1116]. Per quanto siano generali i termini con i quali si è espressa una convenzione, essa non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si siano proposto di contrattare.

473. Ella è una regola di buon senso che una proposizione va sempre interpetrata *secundum subjectam materiam.* Così, quando noi transigiamo sulle difficoltà che fa nascere tra noi la divisione d' una successione, ed io dichiaro abbandonarvi *tutti i miei dritti in generale qualichessiano* per 20,000 fr. che voi mi conterete, è ben chiaro che non si dirà più aver io ceduti tutt' i dritti componenti il mio patrimonio, ma solo quelli relativi alla successione di che trattasi.

1164. [1117]. Quando in un contratto si è espresso un caso, ad oggetto di spiegare un' obbligazione, non si presume che siasi voluto con ciò escludere i casi non espressi ai quali, a' termini di ragione, può estendersi l' obbligazione istessa.

474. La massima *qui dicit de uno de altero negat, inclusio unius fit exclusio alterius* è vera talvolta, ma spesso è falsa, e tutti sanno che l' argomento *a contrario* non è sempre sicuro. Per tanto, allorchè il dritto comune fissa l' estensione d' un' obbligazione e i contraenti avran precisato un de'casi d'applicazione, sia perchè sembrava loro più dubbio degli altri, sia perchè vi affiggeano maggior importanza, sia per altra ragione qualsivoglia, non si potrà conchiuderne che abbian inteso rigettar gli altri casi, ove alcuna circostanza nol dimostri.

Si scorge che questo articolo, come il precedente, come la sezione tutta quanta, si riassume in dire, che bisognerà con ogni possibile mezzo ricercar la intenzione delle parti e che questa regola generale e la sola che sia assolutamente vera dovrà talora far escludere questa o quella delle regole particolari che abbiamo esaminate.

475. Le due sezioni I e V, per noi or ora studiate e di cui la seconda non è che la conseguenza e lo sviluppo dell' ultimo articolo della prima, si riferiscono, egli è aperto, alla materia de' contratti, e difatti in questa materia de' contratti avea il Pothier allogate tutte le regole che queste due sezioni riproducono (*Dell' effetto de' contratti*, n.85 - 90; *Regole per l' interpetrazione delle convenzioni*, n. 91 - 102).

476. Per continuare ciò che concerne *l' effetto delle convenzioni* abbiamo ora da spiegare un principio importantissimo, il quale punto non esisteva a tempo di Pothier: vogliam parlare del trasferimento de' dritti reali, ossia della proprietà o dei suoi smembramenti per effetto delle convenzioni. Una parte soltanto della sezione II del nostro capitolo è consacrata a questa materia (*art.* **1136** 1138 *in parte*, 1140 **1141**); il resto (*art.* 1137, 1138 *in parte* e 1139) rientra negli *effetti delle obbligazioni*, e ce ne occuperemo più in là, nella seconda parte del capitolo.

1165. *Veggasi la tabella che precede l' articolo* 1168 (n. 539).

SEZIONE II.

(*Art. 1136; 1138 in parte, 1140 e 1141*).

Dell' obbligazione di dare (ossia della convenzione di trasferire la proprietà).

1136. [1090]. L'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla sino al tempo della sua consegna, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi verso il creditore.

477. Per *obbligazione di dare* il nostro articolo intende *l' obbligazione di trasferire in proprietà un corpo certo.*

È in prima non si tratta che dell' obbligazione di *dare* nel senso tecnico di questa parola, *dare*, trasferire la proprietà, e non

già darla a un titolo qualunque e nel senso lato del vocabolo, *praestare*. Ciò è evidente, pare a noi, malgrado l'opposta dottrina del Demante (*Progr.*, II — 567): attesochè questa obbligazione di dare trae seco, giusta il nostro articolo, un' obbligazione di consegnare che, secondo l' art. 1138, *rende il creditore proprietario.*

Nè è meno evidente che non si tratta punto dell' obbligazione di trasferire in proprietà un oggetto qualunque, sì soltanto di trasferire in proprietà *un corpo certo*, dappoichè questa medesima obbligazione trae seco ancora quella di conservar la cosa fino alla tradizione; e quest'obbligazione di conservare non può, per la forza stessa delle cose, applicarsi che ad obbietti certi e determinati *in ipso individuo.* Così, quando io m' obbligo a darvi fra otto giorni *un cavallo* di tal razza, di tale età ecc., è chiaro che la mia obbligazione sarà esattamente adempiuta tosto che io vi consegnerò *un cavallo* il quale presenti le qualità indicate, poco monta dove io l' abbia preso, e che questa obbligazione non m' imporrà veruna necessità di conservarvi checchessia, giacchè io non ò forse un cavallo simile a quello che vi prometto, e quando ne avessi uno, la mia obbligazione non mi astringe punto a darvi quello anzichè un altro qualunque. Che se per contra, io mi son obbligato a consegnarvi il tal cavallo che voi avete veduto nella mia scuderia, è manifesto ch' io son tenuto a conservarlo fino alla consegna, polchè quello e non un altro voi avete da me stipulato; se in questo caso io lo lasciassi perire o fuggire per incuria, mi porrei per mia colpa nell' impossibilità d' eseguir la mia obbligazione, e vi dovrei de' danni e interessi.

478. Non si tratta dunque nel nostro articolo che dell' obbligazione di trasferire la proprietà d' un corpo certo, *obligatio dandi certum corpus.* Or noi vedremo dall'art. 1138 (n.° V in fine) che la proprietà dei corpi certi si trasferisce oggi per l'effetto diretto e immediato della *convenzione*; di guisa che l' obbligazione di trasferirla non può tampoco formarsi. L' obbligazione di trasferire la proprietà d' un corpo certo, *obligatio dandi corpus certum*, non è più possibile sotto il Codice Napoleone; e l' *obbligazione* di dare di cui parlano il nostro articolo e la rubrica della sezione altro non è quindi che la *convenzione* di dare: è ancora un risultato della sinonimia malaugurata che i redattori ànno stabilita fra le parole *convenzione* e *obbligazione.*

Cotalchè il nostro articolo riesce come a dire che *la convenzione* di trasferir la proprietà d' una cosa individualmente determinata crea di pieno dritto due obbligazioni: quella di far consegna della cosa e quella di conservarla sino alla consegna.

479. Che la convenzione crei così di pieno dritto e senza che occorra dirlo le due obbligazioni di cui si tratta, è una inferenza semplicissima di questo principio, che le convenzioni debbono eseguirsi di buona fede e obbligano a tutte le conseguenze che dà all' obbligazione l' equità (art. 1134 e 1135).

Circa alle conseguenze di queste obbligazioni di conservare e di consegnare, ed ai danni e interessi che può produrre la loro inesecuzione, si vede che ciò rientra nell' *effetto delle obbligazioni*, e che pertanto non è questo il luogo di trattarne. Sennonchè, come il Codice, mercè una sottil teorica che bentosto indicheremo, ammette due specie di consegne (la consegna fittizia, o tradizione di dritto, che si opera col consenso medesimo e la consegna reale o tradizione di fatto), e che poi la prima non è diffinitivamente altra cosa che la convenzione istessa, o almeno la conseguenza immediata di questa convenzione, qui dobbiamo sviloppar questa che fa l' obbietto dell' art. 1138.

1137. *Veggasi alla fine del capitolo la tabella del n.° 559.*

1138. [1092] L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non ne sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna: nel qual caso la cosa rimane a rischio di quest' ultimo.

SOMMARIO.

I. Cattiva redazione di questo articolo, il quale mercè una teorica bizzarra, consacra in sostanza il trasferimento della proprietà per via del solo consenso.
II. Inesattezza dell' interpetrazione data all'articolo dal Toullier dal Duranton e dagli altri autori.
III. L' intimo pensiero del legislatore è stato che una tradizione sarebbe sempre necessaria, ma che questa tradizione sarebbe puramente fittizia e risulterebbe di pieno dritto dal consenso medesimo.
IV. Prove di questa teorica e interpetrazione dell' articolo. — Per *obbligazione perfetta* la legge intende *obbligazione consumata* col trasferimento della proprietà: confutazione della dottrina contraria del Duranton, del Demante ecc.
V. Critica della teorica sottile e lonnaria de' redattori. Risultato diffinitivo dell' articolo.

I.—480. La redazione di questo articolo è viziosa, deplorabile, per quanto è importante

il fondo del suo concetto. E di fermo, circa al fondo, ei si tratta niente di meno che di consacrar il principio, affatto nuovo nel mondo, del trasferimento della proprietà pel solo effetto del consenso, per la sola volontà delle parti e senz' alcuna necessità di tradizione. Or si vede che la divisione imbrogliata del testo è lungi dall' esprimere nitidamente quest' idea. Ben dice l' articolo che *l' obbligazione di consegnare* (ossia, come si è veduto sotto l' art. 1136, l' obbligazione di far la tradizione d' un corpo certo di cui si è convenuto di trasferir la proprietà) *rende proprietario il creditore, ancorchè non sia stata fatta la tradizione*; ma pare voglia poi attenuare o anzi distruggere la portata di questa proposizione, soggiungendo che cotale effetto non sarà prodotto *se non all' istante in cui la cosa à dovuto esser consegnata*, il che sembra ridur l' idea a ciò, che la tradizione sarà sempre necessaria, ma che soltanto si presumerà fatta quando sarà giunto il momento in cui si dovea farla. E poi, che s' intende dire col dichiarar che l' obbligazione di consegnare è perfetta col solo consenso? S' intende per avventura che il consenso basta onde questa obbligazione sia formata regolarmente? Ma allora si parla per non dir nulla; chè non v' è obbligazione di sorta la quale non istia nel medesimo caso... Perchè ancora confondere in una stessa frase la quistion di trasferimento della proprietà con la quistione dei rischi?... Che dire infine della restrizione: *salvo se il debitore stesse in mora*, la quale parrebbe cadere su ambi gli obbietti della disposizione, laddove non riflette che la sola quistion dei rischi, come ben provano, del resto, le ultime parole dell' articolo, *nel qual caso la cosa rimane a rischio di quest' ultimo*? Qui singolarmente, secondo che si vedrà, è da deplorare il manco di metodo così frequente nei compilatori e la confusione che àn fatta in tutto il nostro titolo fra l' obbligazione e il contratto che la ingenera.

II.—481. Gli autori son d'accordo tra loro e con la dottrina che noi stesso professiamo sul risultato diffinitivo del nostro articolo; riconoscono per fermo che il Codice, dilungandosi quì dalle antiche tradizioni, consacra veramente l' idea del trasferimento della proprietà mercè il solo consenso e senza tradizione. Non sono però egualmente concordi sul modo d' interpetrare l' articolo; e niun di essi secondo noi à colto il vero concetto dei redattori.

Delvincourt e Toullier (VI-202) insegnano che le parole *fin dall' istante in cui la cosa è stata consegnata* significano *fin dall' istante in cui à esistito il dovere, l' obbligazione di consegnar la cosa*.

Il Duranton (X-411) riguarda queste parole come non mica relative alle parole *rende proprietario il creditore*, e presenta queste ultime come formanti una frase a parte e indipendente da tutto il resto dell' articolo. Or egli è certo che queste due interpretazioni son false; è certo che i redattori ànno inteso parlare, non dell' istante in cui la consegna *è stata dovuta*, ma dell' istante in cui à dovuto *farsi*; e non è men certo che ànno inteso applicar l' idea alla quistione di proprietà del pari che a quella dei rischi. Per provare questa duplice assertiva e così confutare a un tratto ambi i sistemi contrari, basta citar queste parole d' uno dei redattori innanzi al Corpo legislativo: « Ei non fa duopo di tradizione reale onde il creditore debba considerarsi *come proprietario tosto che è giunto l'istante in cui dee farsi la consegna* » (Fenet, t. XII, p. 230). In quanto al Zachariae egli indica il risultato dell'articolo senza dir nulla delle difficoltà che fanno nascere i suoi termini.

Pertanto, dopo quarant' anni da che esiste il nostro articolo, non sen è ancor data l' interpetrazione esatta, ed è tanto più necessaria in quanto dei giureconsulti chiarissimi tuttora sostengono che il Codice non à punto mutati gli antichi principi sulla nostra materia e che tuttavia con la tradizione effettuata si trasferisce la proprietà nei contratti. E vuolsi difatti convenire che le spiegazioni arbitrarie date sinora dell'articolo 1133 lasciano questa tesi ben facile a sostenere.

Cerchiamo dunque, col combinare i vari testi del Codice e massime con la disamina dei lavori preparatori, di ben cogliere il pensiero che celasi in questo testo, formolato invero a mo' dei responsi sibillini; e occupiamoci quì unicamente del trasferimento della proprietà; riportando la quistione dei rischi nella *nostra seconda parte* fra gli *effetti delle obbligazioni*.

III.—482. I redattori del Codice erano uomini di pratica molto più che giureconsulti delle teoriche esatte, come si scorge ad ogni pagina dei loro lavori e come del resto proverebbe il solo nostro titolo (1). Ei non ànno osato formolare francamente il principio nuovo che introducevano; diciam meglio, non ànno osato confessare a sè stessi l' innovazione ben reale che compivano, ed ànnola attuata pressochè senza avvedersene. Il che

(1) Molte altre parti del Codice fan testimonianza di questa verità. Si sa, per esempio, che l'art. 1607 e la rubrica del cap. VIII *della Vendita* parlano di DRITTI INCORPORALI, e che l' art. 1567, parlando della consegna degli scritti, degli atti istrumentari che fan prova dell' esistenza dei crediti, la qualifica di *restituzione* DE' CONTRATTI!

può sembrare strano a prima giunta; eppure è cosa naturalissima; chè la giurisprudenza anteriore al Codice, benchè contraria per principio alla trasmissione della proprietà senza il soccorso della tradizione, eravi però nel fatto più prossima che non si crederebbe; e i redattori, per consacrare questa regola (non già nella forma, sì nella realità) non aveano più da fare che un passo, e lo àn fatto. Spieghiamoci.

Il dritto romano non avea mai ammesso che il contratto, il consenso debitamente manifestato potesse trasferire la proprietà o un dritto reale qualunque; creava questo soltanto l'obbligazione di trasferire, *obbligationem dandi*, e mercè la tradizione, che in esecuzione di tal obbligazione si faceva, la proprietà si trovava trasmessa. La nostra antica giurisprudenza aveva ammessa questa medesima dottrina *in principio*; ma la modificava singolarmente *nel fatto*, ammettendo una tradizione fittizia, che le parti poteano sempre operare a lor talento senz' altra condizione fuorchè di dichiarare che così voleano. Esempligrazia, quando io, vendendovi la mia casa da consegnarlavi fra tre mesi, sei mesi o un anno, dichiarava spogliarmene di dritto all' istante e non possederla quindinnanzi che in nome vostro, questa dichiarazione chiamata clausola *di costituto e di precario* o di *dessaisine-saisine*, vi trasferirebbe la proprietà dall' istante medesimo, comunque la tradizione non dovesse farsi che allo spirare dei tre, dei sei mesi ec. (Pothier, n. 151; *Vendita*, n. 321). Si vede dunque che, pur conservando come principio l'idea che la proprietà non si trasmetta se non mercè la tradizione, l' antica giurisprudenza permetteva alle parti di trasferirla, ove lor piacesse, per la sola forza della propria volontà.

Tosto che si ammetteva che il semplice consenso può trasferire la proprietà e che di fatti la trasferisce quando le parti dichiarano di così volere, era pur naturale di giungere a dire che la trasmetterebbe sempre: sarebbe stato in armonia co' bisogni e co' costumi del tempo; essendo ben certo che fra noi l' universale à sempre considerata la vendita, per esempio, come trasferente immediate al compratore la proprietà dell' oggetto venduto. I redattori del Codice poterono dunque adottar questa idea, e l'adottarono infatti, senza credersi altrimenti novatori: non àn dunque inteso creare un sistema novello, ma estendere e complelare il sistema prima di loro introdotto.

Laonde la tradizione fittizia e risultante di pieno dritto dal consenso che costituisce la convenzione, tal' è, in due parole, la teorica del Codice, teorica bizzarra indubitatamente (dacchè la sua seconda parte è nè più nè meno che il rovescio della prima), ma che esprime il vero concetto dei redattori e che ci farà comprendere facilmente la redazione del nostro art. 1138.

IV. — 483. Questo articolo dice in prima che *l' obbligazione di dar la cosa è* PERFETTA *pel solo consenso*, e questa prima proposizione ci sembra presentare; un senso non colto dagl' interpetri.

Delvincourt, Toullier, Duranton, Zachariae (ivi) e altresì Demante (Progr. II, 570) pensano che questo comma semplicemente significa che l' obbligazione di dare *si forma* come ogni altra, col consenso. Or questo è a veder nostro un errore certo e che trova la sua confutazione sia nel rapporto del nostro articolo co' due precedenti, sia nella sua analogia cogli art. 938 e 1583; sia infine ne' lavori preparatori del Codice.

No, non si è già voluto dire che il consenso basti per *formare* l' obbligazione di dar la cosa; si è voluto dire che un tal consenso basterebbe oramai per *consumare* l'obbligazione, per farle produrre immediate il suo effetto; si è inteso che, col solo consenso e all' istante medesimo, l' obbligazione troverebbesi *compiuta* in dritto (salvo ad esser eseguita più tardi in fatto); si è inteso infine esprimere questa idea, indicata più su, che il solo consenso di dare produrrebbe istantaneamente *la tradizione fittizia* che opera il trasferimento di proprietà.

La prova che qui non si tratta punto della formazione dell' obbligazione, di ciò che dee farla esistere, si è che il nostro articolo, nell' ordine d' idee de' redattori, giunge in un momento in cui già esiste l' obbligazione di conservare. L' art. 1136 à cominciato col dire che l' obbligazione di dare implica di pieno dritto quella di consegnare e quella di conservare; l' art. 1137 à spiegati *gli effetti* dell' obbligazione di conservare; poi vengono il nostro e i seguenti a spiegar gli *effetti* dell' obbligazione di consegnare. Or come sospenderebbero essi redattori il corso delle loro idee per dirci che l' obbligazione onde parlano si forma col consenso, allorchè suppongono questa obbligazione preesistente ed emanante di pieno dritto e forzosamente dall' obbligazione di dare (art. 1136)?... Se avessero voluto esprimere cotale idea, in verità troppo evidente, l' avrebboro detto nell' art. 1136 per l' obbligazione di *dare*, postochè questa, dicon eglino, trae seco quella di conservare e quella di consegnare, e quando essa è formata, lo sono appunto perciò le altre due...

E non diviene per avventura palpabile la nostra dottrina quando si ponga mente al-

l'art. 938 e all'art. 1583? — L'art. 938 ci dice eziandio che *la donazione sarà PERFETTA col solo consenso*; e intende così certo che il consenso per sè solo consumerà la donazione o produrrà *una tradizione fittizia* sufficiente, cho soggiunge «e la proprietà sarà trasferita *senza che duopo faccia D'ALTRA TRADIZIONE*.» Sappiamo anzi (art. 938, n. 1) che il progetto diceva «senza che faccia d'uopo d'altra tradizione, *salvo quella che risulta dal consenso*,» e che quest'ultimo inciso fu tolto via come formante un pleonasmo col principio dell'articolo. — L'articolo 1583 a sua volta, nel titolo *della Vendita*, ci dice che sarà *perfetta* tosto che le parti saran d'accordo, e lo dice parimenti per esprimer questa idea, che sarà legalmente consumata e che il consenso implicherà la *tradizione di dritto*. Egli è indubitato, poichè si soggiunge «benchè la cosa non sia stata consegnata (realmente *e di fatto*).» Il quale *benchè* non vi sarebbe, se non si trattasse che della formazione del contratto; non essendosi potuto aver l'idea di far notare che il manco di tradizione reale non impedisce la formazione del contratto. Egli è troppo evidente la tradizione reale non essere che l'esecuzione di esso contratto preesistente: ciò che era utile dire, e ciò che si è detto, è che il manco di tradizione non impedirà punto che il contratto si consummi col trasferimento della proprietà.

Se potessero restar dubbi sul senso che i redattori ànno dato alle espressioni *vendita perfetta, donazione perfetta, obbligazione perfetta*, sarebbero rimossi con le spiegazioni cho eglino stessi ne dettero innanzi al Corpo legislativo. — Il Bigot, uno di loro, diceva sul nostro articolo: «Il consenso è quello che *rende perfetta* l'obbligazione di consegnar la cosa. Non v'è *dunque* mestieri di tradizione *reale* perchè il creditore *abbia ad esser considerato come* proprietario (Fenet, t. XII, p. 230).» Sicchè, appunto perchè il consenso rende *perfetta* l'obbligazione di consegnare, ossia la rende *consumata* e fittiziamente adempiuta, perciò la proprietà si trasmette immediate; perchè il consenso contiene in sè la tradizione finta, non v'è bisogno di *tradizione reale*; perchè non àvvi che una tradizione fittizia e perchè il creditore non sarebbe proprietario, se si stesse al rigor de' principî, perciò si è pago di dire che *sarà considerato come tale*. Tutto ciò è perfettamente logico, laddove ciascuna di queste idee diverrebbe vuota di senso, se per *obbligazione perfetta* il legislatore avesse inteso semplicemente un'obbligazione *formata regolarmente*. — Un altro redattore, il Portalis, diceva sull'art. 1583: «Si decide nel progetto che la vendita *È PERFETTA, COMUNQUE la cosa venduta non sia peranco stata consegnata*... Nelle prime età era duopo di tradizione, d'occupazione corporale, per *consumare* il trasferimento di proprietà...; ne' principî del nostro dritto francese *il contratto basta*..., *il contratto È CONSUMATO tosto che è data la fede*... Il sistema del dritto francese è più ragionevole del romano. È inoltre più favorevole al commercio: rende possibile ciò che spesso nol sarebbe, *se per rendere PERFETTA LA VENDITA fosse necessaria la tradizione materiale*.» Queste parole son per fermo chiarissime. Ed eccone altre ancor più chiare: «Mediante il contratto si opera *UNA SORTA DI TRADIZIONE CIVILE che consuma il trasferimento de' dritti* e che ci dà azione per *astringere alla tradizione reale*.» (Fenet, p. 230).

484. E, poichè il senso ben certo del nostro 1° comma è che col solo consenso, l'obbligazione di consegnare trovasi fittiziamente adempiuta e la consegna si reputa fatta, il 2° comma dunque significa che il creditore divien proprietario *fin dall'istante in cui à dovuto farsi, o in cui si presume essersi fatta la consegna fittizia* (ossia fin dall'attuazione del consenso), e tuttochè non siasi punto fatta la tradizione *reale*. Onde, nel caso d'una vendita fatta a sei mesi di termine, non bisognerebbe dire, che il compratore diverrà proprietario all'istante che la cosa *dovrà esser consegnata*, ossia allo spirar de' sei mesi; chè qui punto non trattasi dell'istante in cui dee farsi la tradizione reale, ma, ripetiamo, dell'istante in cui dee farsi la tradizione civile, la quale emana immediate dalla convenzione medesima. Laonde nel momento del contratto diviene il compratore proprietario nelle vendite a termine come nelle altre.

V. — 485. Ma se, rende perfetta l'obbligazione di consegnare il consenso medesimo, se mediante esso è attuata di pieno dritto e sempre una tradizione fittizia, dichiarata sufficiente e dopo la quale nulla à più da fare pel trasferimento della proprietà la tradizione reale, è dunque sopra ogni cosa sottile, bizzarra e in ultima analisi falsa la teorica del Codice... In cambio di dir semplicemente che la stessa convenzione di dare, lo stesso accordo delle volontà, trasferisce la proprietà immediate e senza tradizione, vedete per qual filiera d'idee passano i compilatori per giungere al medesimo risultato.

1° La convenzione di dare innanzi tratto crea l'obbligazione; 2° quest'obbligazione (di dare) porta seco quella di consegnare, di far la tradizione; 3° l'adempimento

quest' obbligazione; in altri termini, è la tradizione che trasferirà la proprietà; 4° ma questa tradizione non à d' uopo d' esser reale, giacchè il consenso contiene per sè stesso e di pieno dritto una tradizione fittizia che produce il medesimo effetto; 5° è questa tradizione fittizia che opera il trasferimento del dritto reale, tutte le volte che la convenzione non sia accompagnata dalla tradizione materiale.

Tal è stato il procedimento de' redattori. Non osando parlare da legislatori e imitando i pretori romani, i quali mai non toglievano ad un principio di dritto civile la sua realità senza conservargli un' esistenza nominale, àn mantenuta in teorica, pur sopprimendola di fatto, la necessità della tradizione. E tanto è vero che eglino, imbevuti dell' idea della necessità d' una tradizione, non seppero eliminarla dal loro intelletto, nell' atto che realmente la rigettavano; tanto è vero che intesero seguire e completare l' antico sistema, non già distruggerlo, che niuna allusione si trova ne' lavori preparatori a un mutamento di principi su questo punto. Al contrario, abbiam veduto il Portalis presentare la sua teorica come risultante *da' principii del dritto francese*, e il Favart nel suo rapporto al tribunato, dopo aver analizzato il nostro articolo o dichiarato segnatamente « il creditore esser proprietario dal momento che il consenso à formato il contratto, » soggiunge che «questi principi furono *in ogni tempo* consacrati fra noi». (Fenet, t. XIII, p. 320).

486. Ma, lasciamo da banda le sottigliezze de' redattori e il circuito d' idee, in cima al quale pongono il principio della tradizione per poi rigettarlo alla fine, ei non è men certo ed evidente, che oggi mercè desso il consenso, mercè l' accordo delle volontà, mercè la *convenzione* in somma, vien trasferita la proprietà. Invano direbbesi, secondo fa il Codice, che la convenzione crea come effetto diretto l' obbligazione di dare, che questa ingenera a sua volta l' obbligazione di consegnare, e che quest' ultima finalmente con la sua esecuzione fittizia opera la trasmissione. Tutto ciò, ben si scorge, è ridevole per quanto inesatto. — Imperocchè in prima l' obbligazione di dare (*dandi*), pur quando aver può nascimento, non è distinta dall' obbligazione di consegnare: le obbligazioni di dare, di consegnare, di trasferire (tosto che è inteso che trattasi di far avere la proprietà) non sono evidentemente che una sola e medesima cosa. Epperò lo stesso Codice, dopo aver detto nell' art. 1136 che l' obbligazione di dare implica quella di consegnare, finisce con riconoscere non esservi già due obbligazioni, poichè parla nell' articolo 1140 dell' obbligazione di *dare* o *di consegnare* un immobile; poi nell' articolo 1141, dell' obbligazione *di dare* o *di consegnare* una cosa mobile.—Ma v' è di più: questa obbligazione di dare o di consegnare in proprietà, *obligatio dandi*, non può più al dì d' oggi, ne' casi che qui suppone il Codice, ossia nelle convenzioni aventi per obbietto un corpo certo, non può più, diciamo, esistere nè concepirsi... Quando io vi vendo il mio cavallo per 500 fr., è ben impossibile che la vendita mi ponga nell'obbligazione di trasferirvi la proprietà del cavallo, essendochè è già stata trasferita a voi ed io ò cessato d' averla non appena formata la convenzione; la sola obbligazione ond' io sia tenuto e possa esser tenuto si è di *rilasciarvi il* cavallo, di farne il *rilascio*, la consegna materiale, la tradizione reale (articolo 1603 - 1617). Non dunque per effetto d' un' obbligazione (chè quest' obbligazione è impossibile) sarà qui trasmessa la proprietà; ma per l' effetto immediato del contratto. Laonde abbiam veduto il Portalis e il Favart dirci (*ivi*) che « il contratto è consumato col trasferimento della proprietà *tosto che la fede è data*, » cioè tostoche è formata la convenzione; e che « è proprietario il creditore *tosto che il consenso à formato il contratto* ». Perciò noi abbiam posto il nostro articolo tra gli effetti *delle convenzioni* e non tra gli effetti *delle obbligazioni*.

1138 2ª parte e **1139**. *Vedete la tabella del n.° 539.*

1140. [1094]. Gli effetti dell'obbligazione di dare o di consegnare un immobile sono regolati nel titolo *della Vendita*, *ed in quello* dei Privilegi e delle Ipoteche.

487. Nel momento che fermavano nell'articolo 1138 il nuovo principio del trasferimento della proprietà mercè il solo consenso, mercè la convenzione medesima, i compilatori non avean peranco assodato quale efficacia gli darebbero a fronte de' terzi; solamente per la proprietà delle cose mobiliari intendeano ammetterlo in un modo assoluto e pe' terzi non meno che pe' contraenti. In quanto alla proprietà degl' immobili, i membri del Consiglio non sapeano ancora, nel discutere il nostro titolo, a qual sistema di trasmissione la sottoporrebbero per rispetto a' terzi. Si continuerebbe il regime della legge di brumaio anno VII, sotto il quale la proprietà degl' immobili non era opponibile a' terzi che per mezzo della trascrizione dell' atto d' alienazione sul registro del conservatore delle Ipoteche? ovvero si

abbandonerebbe questo sistema di pubblicità della trasmissione, e si permetterebbe per gl' immobili come pe' mobili un trasferimento occulto, che si operasse *erga omnes* pel solo effetto del consenso? La era una quistione su cui non s'andava d' accordo, e che si convenne di riservare per discuterla ulteriormente. Il nostro articolo, già si vede, non à altro scopo che d' indicar questo rinvio, dacchè si contenta di dire che l' effetto dell' obbligazione di trasferire la proprietà d' un immobile sarà regolato ne' titoli *della vendita e delle ipoteche*.

Vediamo come è stato fissato questo punto di tanto rilievo.

488. Nel titolo *della Vendita* non fu ancora decisa la quistione. Si ammise bensì, come si è veduto, che la tradizione non sarebbe necessaria; ma si passò sopra di netto alla quistione di trascrizione, si ammise che il semplice consenso trasferirebbe la proprietà nei rapporti fra il venditore e il compratore, ma non si pensò punto a' terzi, a coloro co' quali esso venditore potrebbe contrattare dopo aver già venduto: « la vendita è perfetta *tra le parti*, dice l' articolo 1583, e la proprietà è acquistata di dritto al compratore *rispetto al venditore*, tosto che si è convenuto intorno alla cosa e al prezzo. » La quistione si trovò dunque riservata ancora pel titolo *delle Ipoteche* nel quale venne finalmente risoluta.

L' art. 91 del progetto di quel titolo portava che « gli atti traslativi di proprietà (immobiliare), i quali non fossero stati trascritti, non potrebbero opporsi a' terzi che avessero contrattato col venditore; » e l' articolo 92 aggiungeva che « l' immobile *mediante la trascrizione* passerebbe al nuovo proprietario... » Egli era, ben si ravvisa, un riprodurre il sistema di pubblicità della legge di brumaio. Ma, nella discussione, l' art. 91, sostenuto da Treilhard e da Jollivet, fu vivamente oppugnato da Malleville e da Tronchet; e sul rinvio alla sezione di legislazione, questa soppresse l'art. 91; poi nell' art. 92 (divenuto 191 e che è il 2182 del Codice) alle parole: *l' immobile (mediante la trascrizione) passa* al nuovo proprietario » sostituì queste: « *il venditore trasmette* all' acquirente. » La necessità della trascrizione si trova dunque diffinitivamente rigettata con l' adozione di quest' ultimo stato del progetto.

Posteriormente alla promulgazione del Codice civile, l' articolo 834 del Cod. di proc. venne a consacrare di bel nuovo siffatto sistema del trasferimento assoluto della proprietà degl' immobili mercè il solo consenso dell' alienante e dell'acquirente, e senza veruna necessità di trascrizione. Questo articolo difatti, estendendo pure al di là de'limiti fissati dal Codice civile il dritto pe' creditori ipotecari di far iscrivere le loro ipoteche, e permettendo loro di prender l'iscrizione anche dopo l' alienazione fino alla trascrizione ed eziandio nei quindici dì che a questa tengon dietro, non accorda tuttavia cotal facoltà se non a' creditori *che abbiano ipoteca anteriore all' alienazione*.

Sicchè, una volta consentita l' alienazione dell' immobile, tuttochè l' atto non sia trascritto, non posson dei terzi acquistar verun dritto sull' immobile a nome dell' alienante: in altri termini con la stessa convenzione, col semplice concorso delle volontà si attua, per gl' immobili come pe' mobili, il trasferimento completo ed assoluto della proprietà. — Questo principio nondimanco soffre eccezione in due casi a noi già noti: 1° nelle donazioni tra vivi (art. 939, n° III), e 2° nelle sostituzioni, ancorchè fatte per testamento (art. 1069). La trascrizione è indispensabile allora, onde la proprietà sia opponibile a' terzi.

1141. [1095]. **Se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare a due persone successivamente, è puramente *mobiliare*, quella fra di esse cui ne fu dato il possesso reale, sarà all'altra preferita, e resterà proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.**

489. Quando il proprietario d' un oggetto mobiliare lo aliena dapprima a favore d' una persona e, innanzi d' avergliclo consegnato, va fraudolentemente a trasferirlo a un' altra persona nelle cui mani lo fa passare, questa seconda persona, perchè è stata messa in possesso, riman proprietaria della cosa in pregiudizio del primo acquirente. Tal' è la regola del nostro articolo.

Delvincourt, Toullier (IV-61 e VII-205) e Zachariae (I) conchiudono dalla disposizione di questo articolo che il trasferimento della proprietà delle cose mobili non si compie rispetto a' terzi che con la tradizione reale, e che il nuovo principio dell' articolo 1138 non s' applichi fuorchè ne' rapporti tra l' alienante e l' acquirente. Ma siffatta dottrina, rigettata dal Demante (II, 573) e dal Duranton (X-431) e da noi criticata già sotto l' art. 712 (n° 1) è null' altro che un errore facile a dimostrare.

E di fermo, se la proprietà delle cose mobili non si trasmettesse, relativamente a' terzi, che con la tradizione, l' acquirente

secondo in data, ma al quale è stata fatta la tradizione, avrebbe dunque trattato con una persona ancora proprietaria in quanto a lui, epperò il suo acquisto sarebbe sempre valido, o ch' egli fosse di buona o che di mala fede. La circostanza che il secondo acquirente non è dichiarato proprietario se il suo possesso non è di buona fede fa dunque crollare dalle fondamenta il sistema che noi combattiamo.

Invano si tenterebbe sfuggire a questo argomento col dire che per principio il secondo acquirente, messo in possesso, diviene in effetto proprietario, tanto allorchè è di mala fede quanto allorchè è di buona fede; ma che, nel primo caso, la sua proprietà si risolve al reclamo del primo acquirente, per una specie d' azion di rescissione che sarebbe un' applicazione dell'art. 1167... Questa interpetrazione divinatoria sarebbe egualmente insostenibile. E sì vedremo che la rescissione dell' art. 1167 non può aver luogo che nel caso d' insolvibilità dell' alienante. Or il nostro articolo non esige punto, onde il primo acquirente possa toglier la cosa all' acquirente susseguente e di mala fede, che l' alienante sia insolvibile, laddove il Pothier, scrivendo allora che la tradizione era necessaria, spiegava bensì che il primo acquirente non potea fare rescindere l'acquisto del secondo, tranne quando l' alienante *non fosse stato solvibile* all' epoca dell'ultimo acquisto (n. 152, 153).

490. Ciò posto, il vero pensiero del nostro articolo, pensiero che abbiamo già indicato sotto l' art. 712, si trova chiaramente indicato dalla regola dello art. 2279, di cui è mera applicazione il nostro; dacchè questo articolo pone per principio che, per le cose mobili, il semplice possesso, anche istantaneo, purchè di buona fede, procura immediate la prescrizione.

Se dunque voi siete proprietario del mobile che avete comprato e ricevuto di buona fede da colui che l' aveva anteriormente a me venduto, lo siete in virtù d' una prescrizione la quale viene a infrangere il mio dritto di proprietà. Allora accade ciò che accaderebbe, se aveste comprata e ricevuta la mia cosa da un depositario a cui io l'avessi affidata.

Cosicchè il trasferimento della proprietà pel solo effetto della convenzione e senza alcun bisogno di tradizione s' applica, anche in rispetto de' terzi, a' mobili del pari che agl' immobili (1).

1142 e s. — *Vedete la tabella del n.° 539.*

(1) *Confr.* Bourges 25 gennajo 1841 (Dev. 41 2, 624).

SEZIONE VI.

Dell' effetto delle convenzioni per rispetto ai terzi.

1165. [1118]. Le convenzioni non hanno effetto che fra le parti contraenti; esse non pregiudicano, nè giovano ai terzi che nel caso preveduto nell' articolo 1121.

491. Le convenzioni non possono per principio nè giovare nè nuocere a' terzi; solo ànno effetto per noi o pe' nostri aventi causa qualichessieno; eredi, donatari, compratori, creditori ecc. Quando, mercè una convenzione io aumento o diminuisco la mia fortuna, è chiaro che, se voi divenite mio erede, mio rappresentante universale, subirete come me stesso la diminuzione, o profitterete dell' aumento risultante dal mio contratto. Lo stesso sarà s' io vi faccia mio legatario o mio donatario universale. Quando dopo aver concessa una servitù nel mio immobile, io ve lo vendo, è evidente che la servitù avrà effetto contro di voi, al contrario voi profitterete della servitù attiva ch' io avessi stipulata. Se io vi trasferisco il credito che ò acquistato, è chiaro che sarà in vostro benefizio, e se all' incontro voi vi sottomettete ad eseguir l' obbligazione da me contratta, quest' obbligazione ligherà voi come ligava me stesso. Egli è che in questi vari casi voi non siete per me un terzo, un estraneo; siete il mio rappresentante a qualsiasi titolo, il mio sostituente, il mio avente causa, *habes causam meam*. Non occorre qui rammentare che una persona non è mica un terzo relativamente al suo mandatario o al suo gestor di negozi. Quando io fo una convenzione in nome vostro, si presume che voi stesso l' abbiate fatta pel mio ministero, io non sono stato che il vostro istrumento.

Il nostro articolo indica, come eccezione alla regola che le convenzioni non giovano ai terzi, il caso dell' art. 1121. Noi abbiam veduto di fatti, che quest' articolo mi permette di fare, come condizione d' una donazione di cui vi gratifico o d' una convenzione con voi, una stipulazione a favore d' un'altra persona, stipulazione che non potrà più esser rivocata quando questa persona avrà dichiarato di volerne profittare. Or questa persona non è punto mio mandante, nè è tampoco mio avente causa, e il dritto non cade già su di me per indi

passare da me a lei, cade su lei direttamente. Ella è dunque veramente un terzo, oppure profitta del contratto; è dunque una vera eccezione al principio del nostro art. 1165.

Pothier indicava ancora e con ragione, come una eccezione al nostro principio, il caso di concordato. In fatti il concordato consentito verso un debitore dalla maggioranza dei suoi creditori liga la minoranza malgrado il loro rifiuto (C. comm. art. 507) benchè essi non siano evidentemente nè i mandanti nè gli aventi causa degli altri, sibbene de' terzi. Il Codice che non ha creduto dover parlare di questa eccezione, tuttavia reale quant' ogni altra, ci presenterà a torto come rivestita di questo carattere d' eccezione la disposizione de' due articoli seguenti.

1166. [1119]. Non ostante, i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali.

SOMMARIO

I. Questa regola è una conseguenza degli articoli 2092 e 2093 e non fa punto eccezione all' articolo precedente. — Sotto quali condizioni può agire il creditore. Dee farsi surrogare al debitore? dissidenza tra la Corte suprema e gli autori.

II. Che intende la legge per dritti esclusivamente attribuibili alla persona? Confutazione della dottrina del Toullier.

I.—492. Gli art. 2092 e 2093 dichiarano che « chiunque si è obbligato è tenuto su tutti i suoi beni, mobili e immobili, presenti e futuri » e che « i beni d' un debitore sono la garenzia comune de' suoi creditori, i quali possono distribuirsene fra loro il prezzo. » Ogni creditore adunque ha il dritto in mancanza d' esecuzione di agir su' beni qualichessieno del suo debitore per ottener la somma di danaro che fa l' obbietto del suo credito o che dee servirgli di danni ed interessi. Ora i dritti e le azioni che appartengono a una persona, sia che derivino da convenzioni, o da altra fonte qualsiasi, fan parte del suo patrimonio e costituiscono dei beni. I creditori avran dunque un dritto di pegno su questi dritti ed azioni come sugli altri beni del debitore, e potranno esercitar questi dritti ed azioni per pagarsi.

Non è questa in sostanza un' eccezione al principio che le nostre convenzioni non giovano a' terzi, dappoichè il creditore, il quale profitta della mia convenzione esercitando il dritto o l' azione che è creata da questa convenzione non è mica un terzo; egli è il mio avente causa, comunque abbia un dritto di pegno su tutti i beni che vengono a entrare nel mio patrimonio: *habet meam causam*, mi rappresenta e partecipa meco alla proprietà di tutto ciò ch' io posseggo, all' uopo d' ottener e il suo pagamento.

Laonde, quando il mio debitore è egli stesso creditore di Paolo e alla scadenza del mio credito non esegue, potrò agir io in nome suo contro a Paolo. Quando il mio debitore à venduto un immobile con facoltà di ricomprarlo, (art. 1659), io potrò sotto la stessa condizione intentare io stesso l' azion di ricompra, per far rientrare il bene nel patrimonio di questo debitore e farlo vendere a un prezzo migliore. Egli è così per principio, e salvo l' eccezione di cui fra poco parleremo, di tutt' i dritti e le azioni che aver può il mio debitore.

493. Il creditore, beninteso, non può esercitar il dritto o l' azione che sotto la triplice condizione che il suo credito sia scaduto, che il debitore nol soddisfaccia e che questi ricusi d' esercitar egli stesso il dritto o l' azione per darne il beneficio al creditore. Ma eziandio in questa congiuntura, potrà egli agire direttamente, o dovrà (se il debitore non gli trasferisce il suo dritto o nol fa suo mandatario per agire) farsi autorizzare dal giudice? La Corte di cassazione tien la negativa e decide che il nostro articolo permette al creditore d' agir *de plano* e senz' alcun bisogno di farsi surrogare, laddove tutti gli autori senza eccezione insegnano il contrario. Vuolsi anzi notare che il Demante, il quale per tutt' i punti che paion controvertibili eleva soltanto le quistioni senza risolverle (rinviando al suo corso orale per la soluzione), dice qui nettamente: « *Bisogna ben guardarsi* dal vedere in ciò il potere immediato de' dritti e delle azioni del debitore... In quanto all' esercizio diretto de' dritti e delle azioni, è evidente che non può passare a' creditori senza cessione del debitore altrimenti che in virtù d' una sentenza (1).

In questo conflitto sì profondo tra la giurisprudenza e la dottrina, crediamo che la verità stia dal lato di quest' ultima, e la necessità d' una surrogazione convenzionale o giudiziaria ci sembra risultare chiaramente, sia da' principi generali, sia dalle tradizioni istoriche. — Quando il nostro articolo 1166 permette al creditore di esercitar

(1) Rig. 23 genn. 49; Rig. 2 lug. 51 (*Dev.* 49, 193; 51, 1, 593) *Contra* Proudhon (*Usufr.* IV — 2237 e 2258). Rolland de Vill. (*Rep*, v. dr. pers. n. 28) Demante (*Progr.* I — 596), Dalloz (*Diz.* v. *Oblig.* n. 769, Zachariae (II, p. 532).

direttamente e per sè stesso i dritti del suo debitore, non formola già una regola isolata nel Codice; la sua disposizione non è che un' applicazione del principio generale degli art. 2092 e 2093, dichiarando che *chiunque s'obbliga, obbliga tutt'i suoi beni e che tutti i beni del debitore son garenzia de'suoi creditori*. I dritti e le azioni d' un debitore, essendo una parte del suo patrimonio, rispondono dei suoi debiti nè più nè meno che gli altri suoi beni, epperò il creditore non à su questa specie di beni nè maggiori nè minori dritti che su ogni altra. Adunque, poichè il dritto di pegno imperfetto conferito dagli art. 2092 e 2093 non dà al creditore che la facoltà di farsi autorizzare dal giudice a prender i beni per pagarsene, questa facoltà è la sola che emerga pe' dritti e per le azioni dal nostro art. 1166, e quindi il creditore non potrà agir direttamente da sè stesso, in mancanza di cessione dal canto del debitore, se non quando vi sarà autorizzato con sentenza. La prova che il legislatore à pur riguardato il nostro articolo come un' applicazione del principio degli art. 2092 e 2093 sta scritta nella sposizione de' motivi. Vi si legge in fatti che « se i creditori debbono esser ammessi ad agire direttamente, è perchè *colui che contrae dei debiti obbliga tutt' i suoi beni*, e che il pegno sarebbe illusorio s' egli trasandasse d' esercitar i suoi dritti. » — E sì tale è stata sempre la dottrina del dritto romano e del nostro dritto antico. A Roma ritrovasi dappertutto la necessità pel creditore che vuol esercitare le azioni o i crediti del suo debitore, d' ottener il permesso del giudice o del presidente della provincia (L. 2. C. *Quando fiscus*, Dig. L. 15, *De re jud.*). Il Pothier a sua volta presenta queste regole nelle sue Pandette come cose naturalissime. Il Lebrun parimenti dice che « un creditore può esercitare i dritti del suo debitore, e *farsi surrogare a tal uopo* (*Succ.* l. II, c. 2, s. 2, 42). » Il Denizart spiega egualmente che « i dritti e le azioni *facendo parte de' beni*, i creditori possono esercitar quelli che appartengono al loro debitore, *il che si opera mercè una specie di surrogazione* (v° *Credito*, § 2, 7). » In fine il Maleville, un de' redattori del nostro articolo, indica come commentario di questa disposizione le due leggi romane succitate e la detta sezione del Lebrun, il che ben dinota che il legislatore del 1804 intendeva quì riprodurre la regola del nostro dritto antico e del dritto romano.

II. — 491. La legge, permettendo al creditore d' esercitare tutti i dritti del suo debitore, ne eccettua quelli che sono *esclusivamente annessi alla persona*; ma non è guari facile precisar l' estensione di questa eccezione ed esprimere nitidamente ciò che qui intenda la legge per dritti esclusivamente annessi alla persona.

I dritti che a noi appartengono sono o puramente morali o puramente pecuniari, o morali e pecuniari a un tempo. I dritti puramente morali non possono evidentemente esercitarsi dal creditore di colui al quale appartengono. Così io non posso esercitare il dritto di correzione che il mio debitore à su' suoi figli, il suo dritto di consentire al loro matrimonio, il dritto d'un coniuge di domandar la separazione personale ecc. ecc. Vero è che l' azione di nullità del matrimonio, quando si tratta d' una nullità assoluta, può esercitarsi da tutti coloro che ànno interesse all' annullamento, e pertanto da creditori (per esempio per far cadere l' ipoteca legale della moglie del loro debitore); ma i creditori non agiscono allora come esercenti il dritto del loro debitore e in applicazione del nostro articolo; esercitano un dritto proprio che la legge dà in tal caso al maggior numero possibile di persone, affine di colpire più sicuramente il matrimonio annullabile (art. 184, 191).

Per contrario, i dritti puramente pecuniari non debbono considerarsi come esclusivamente annessi alla persona, e possono in generale esercitarsi da' creditori. Ma ve ne à però di taluni che la legge restringe rigorosamente alla persona. Così i dritti d' uso e d' abitazione non posson mai essere esercitati fuorchè dal titolare (art. 631, 634); il retratto successorio non può esserlo che da uno de' condividenti e non già da' suoi aventi causa estranei alla successione (articolo 841); le provvisioni o pensioni alimentizie non possono venir sequestrate dai creditori, almen per principio (art. 581, 582 C. pr.); i creditori d' una donna maritata non posson domandare la sua separazione di beni senza ch' ella vi acconsenta (art. 1446).

In quanto a' dritti che presentano insiememente un interesse morale ed uno pecuniario, potranno o no essere esercitati dal creditore, secondo i casi. Onde la quistione se le azioni di reclamo di stato possano esercitarsi dal creditore, quistione risoluta affermativamente dal Toullier (VI - 372) e negativamente dal Duranton (X - 563), ci sembra doversi decidere mercè una distinzione semplicissima: se i creditori si avvisassero di reclamare *principaliter* lo stato civile del loro debitore, è chiaro che la loro domanda avrebbe un obbietto morale e che dovrebbero venir esclusi; ma, se danaro,

se beni domandino, se intentino un' azione di petizione d' eredità o lo stato del loro debitore non sia indicato e provato da essi che come mezzo di giustificare il loro reclamo, questo reclamo divien puramente pecuniario e non àvvi alcuna ragione di respingerlo. Tale era la dottrina del d' Agnesseau (6a *aringa*). — L' azione d' impugnazione di stato, che è puramente morale, e quindi esclusivamente annessa alla persona, quando è nelle mani del marito, diviene piuttosto pecuniaria nelle mani de' suoi successori (art. 317, n° 1) e può venir esercitata dai loro creditori. — Le azioni di rivocazion di donazione per ingratitudine e di danni e interessi dovuti per delitti commessi contro la persona, benchè presentino un interesse pecuniario nel tempo stesso che un interesse morale, e benchè quegli a cui appartengono possa cederle volontariamente a un terzo, non potranno tuttavia esercitarsi da' creditori in virtù del nostro articolo e contro la volontà del debitore; giacchè trattasi d' azioni di riparazione di un' ingiuria, azioni che si estinguono col perdono della persona offesa, e che non possono pertanto esercitarsi suo malgrado.

495. Ei ci à due classi di dritti puramente pecuniari, il cui esercizio per conseguenza dee, nel silenzio della legge, appartenere a' creditori giusta il nostro articolo, e che pure è loro ricusato dal Toullier (VII-566 e 567). Ciò sono: 1° le azioni di nullità fondate sulla lesione, sull' errore, sulla violenza o sul dolo; 2° le eccezioni che la legge in materia di fideiussione chiama puramente personali al debitore, come sarebbe la minorità di questo debitore (art. 2012, 2036).

Per le prime dice il Toullier che il solo debitore può sapere se sia stato leso, violentato ecc. Ma gli è evidentemente un confondere il dritto d'esercitar l' azione co'mezzi di giustificarla: se i creditori non provino abbastanza l' errore, la violenza, il dolo o la lesione che allegano, la loro domanda sarà respinta; ma, se pervengono a stabilir bene la loro asserzione, perchè dunque sarebbero eliminati (1)?

Per le seconde, s' appoggia massimamente il Toullier su'termini degli art. 2012 e 2036, i quali dichiarano *puramente personali* all'obbligato le eccezioni o cause di nullità onde trattasi; e pretende che vi sarebbe sottigliezza e abuso di parole a dire che questi termini non esprimano la stessa idea di quelli del nostro articolo: *esclusivamente annessi alla persona*. Un arresto di Grenoble (del 2 ag. 1827) giudicò nel medesimo senso. Ma questo secondo sistema non è sostenibile più del primo, e l' abuso di parole sta qui manifestamente dal lato del celebre professore. È di fermo la qualificazione di eccezione *puramente personale* all' obbligato è tutta speciale alla materia della fideiussione, e non à verun rapporto col nostro articolo. Le eccezioni *personali* son quelle che alla sola persona del debitore si connettono, e che quindi non può opporre il fideiussore, a differenza dalle eccezioni *reali*, le quali provengono da un vizio che è inerente ad esso il debito (come sarebbe la violenza) e che pertanto possono opporsi da qualunque persona a cui si domandi il pagamento. Così, quando io ò contrattato con un minore ed ò avuto cura di farvi garentire il suo debito, forse appunto a causa della minoretà di lui, è chiaro che voi non potete prevalervi di questa minoretà per dire che non siate tenuto; il solo minore può usare tal linguaggio, ed unicamente in tal senso l'eccezione gli è personale. Ma dall' esser la eccezione puramente personale al debitore rispetto a' suoi fideiussori non ne segue punto che il sia dei pari rispetto a' suoi creditori. Ei si tratta d' un dritto meramente pecuniario, d' un bene del debitore; i creditori, che ànno il lor dritto di pegno su tutt' i beni di questo debitore, possono dunque evidentemente esercitare cotal dritto. La nostra dottrina, ammessa da arresti posteriori a quello di Grenoble, è adottata da tutti gli autori (2).

1167. [1120]. **Possono pure, in loro proprio nome, impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.**

SOMMARIO.

I. Azione *pauliana* o rivocatoria. Il Codice ne pone soltanto il principio e rinvia implicitamente al dritto antico per le peculiari applicazioni.
II. Fa duopo che l' atto abbia determinata o aumentata l' insolvibilità del debitore, e che questo debitore l' abbia eseguito fraudolentemente, anche negli atti gratuiti: dissenso col Duranton e col Zachariae.
III. L' azione non è ammessa contro gli atti co' quali il debitore à solo trasandato d' acquistare.
IV. È duopo altresì che v' abbia frode nella persona con cui il debitore à trattato: Distinzione. *Quid* d'un sotto-acquirente? Errore del Zachariae.
V. Quando la frode si è attuata mediante un giudicato, i creditori agiscono coll' opposizione di terzo.

(1) Confr. Merlin, *Quist;* v. *Ipot.*; Duranton X - 562; Zachariae, t. II.
(2) Bastia 26 mag. 31, Rouen 9 gen. 38 (Dev. 35, 2, 27; 38, 2, 140); Delvinc; Merlin, *ivi*, Proudhon, *Usufr.* n. 2317; Duranton, X — 561 Dallaz, v. *Obblig.* e Zachariae, t. II.

VI. I creditori posteriori all' atto profittano della sua rivocazione, ma non posson farlo rivocare, salvo sia stato fatto contro di essi: arresto recente.
VII. L' azione dura trent' anni: errore del Toullier e del Duranton.

I. — 496. Gli art. 2092 e 2093 accordano a' creditori, quali che sieno, un dritto di pegno sopra tutti i beni del loro debitore; ma, beninteso, il pegno sussiste soltanto finchè i detti beni appartengonu al debitore, e svanisce tosto che escono dal patrimonio. Niun testo del Codice accorda al creditore puro e semplice il dritto di venire a farsi pagare su' beni appartenuti al suo debitore: questo dritto di perseguire i beni del debitore malgrado l' alienazione e nelle mani de' terzi acquirenti esiste solo nel caso di privilegio o d' ipoteca.

Questa natura imperfetta del pegno dei creditori lasciava costoro alla discrezione del loro debitore, il quale mercè alienazioni fraudolenti avrebbe sempre potuto far disparire la loro garenzia. Il dritto romano apportò rimedio a questo pericolo, permettendo a' creditori di far annullare ogni atto fatto dal loro debitore in frode de' loro dritti; e la nostra antica giurisprudenza accettò questa regola, che troviam riprodotta dal Codice nel nostro art. 1167. L' azione così concessa a' creditori era chiamata a Roma *azione pauliana* dal nome del pretore che l' introdusse; e questo nome le è spesso dato tuttora nella dottrina.

I redattori, già si vede, sonosi contentati di consacrar il principio dell' azione pauliana, senza entrare in veruno sviluppo circa la sua natura e i suoi effetti; per le particolari applicazioni sonosi riportati alla regole del dritto romano, cui ammetteva la pratica universale del nostro antico dritto francese. Sicchè nel dritto romano, riprodotto dall'antica nostra giurisprudenza, vuolsi andar a cercare il sistema di quest' azione rivocatoria.

II. — 497. Bisogna che l' atto, per poter essere rivocato, abbia nociuto al creditore e sia stato fatto fraudolentemente.

Innanzi tratto è mestieri che l' atto abbia nociuto al creditore cagionando od aumentando l' insolvibilità del debitore, chè se più tardi soltantu fosse questi divenuto insolvibile, non più l'atto per sè stesso, ma la tale o tal circostanza posteriore avrebbe cagionata la perdita.

Inoltre è mestieri vi sia stata frode del debitore, ossia ch' egli abbia eseguito l' atto sapendo il torto che cagionerebbe a' suoi creditori, conoscendo la propria insolvibilità. Questa frode questa cognizione, che à il debitore della sua insolvibilità, è necessaria, non pure negli atti à titolo oneroso, ma eziandio ne'contratti di beneficenza e perfin negli atti puramente universali e che non presentino un concorso di volontà, come sarebbe la rinunzia del debitore all' usufrutto che gli appartenga o ad una successione che gli acada.

Il Duranton (X — 577) e lo Zachariae respingono, è vero, quest' ultima idea; pretendono cho il Codice abbia inteso discostarsi da' principii del dritto romano e permettere l' annullamento degli atti *gratuiti* senza che vi sia stata frode del debitore, e sol perchè v' è stato pregiudizio. Ma cotesta dottrina non ci sembra punto ammessibile. E in prima, non il solo dritto romano, sì eziandio l'antico nostro dritto francese esigeva la frode perfin negli atti gratuiti; ora i redattori non avrebbon mutati i principi ond' erano imbevuti,ne'quali erano stati educati, senza discussione nè osservazione; eppure i lavori preparatori non presentano veruna traccia d' una simile intenzione. Anzi vedremo che indicano piuttosto l' idea contraria... Obbiettansi alcuni articoli (622, 788 ecc,) ne'quali la legge permette d' annullar delle rinunzie non parlando che di *pregiudizio*. Ma abbiam già veduto che un altro articolo (1464), che prevede un caso somigliante, esige la *frode*; per guisa che se i redattori, negli articoli anteriori al nostro, non àn parlato che del pregiudizio senza spiegare se dovesse o no provenire da una frode, gli era senza fallo per riservar la quistione e deciderla nella sede della materia, nel nostro capitolo. Una circostanza dei lavori preparatori ci sembra provare questo pensiero. Sulle osservazioni del tribunale di cassazione il quale domandava che non si dichiarasse necessaria la frode per gli atti gratuiti, la sezione di legislazione avea fatto seguire a' tre articoli della nostra sezione un quarto, che ammetteva in parte questo reclamo, dichiarando che il semplice fatto del danno basterebbe, non già sempre, ma quando si trattasse della rinunzia del debitore sia ad una successione sia ad una donazione da lui precedentemente accettata; or questo articolo fu soppresso. La quale soppressione ben mostra che il legislatore à inteso seguire gli antichi principî e non ammettere l' azion rivocatoria che contro gli atti fraudolenti (1).

III. — 498. L' articolo della cui soppressione abbiam favellato prova un altro punto, sul quale non possiamo andar d' accordo col Zachariae.

(1) *Confr.* Toullier, VI-348, Proudhon, *Usufr.* X-2353; Grenier, I-93; Bordeaux, 13 feb. 1826.

Il professore tedesco insegna che il Codice, a differenza dal dritto romano, ammette l' azione rivocatoria de' creditori non pur contro gli atti onde il debitore scema il suo patrimonio, ma eziandio contro quelli co' quali trascura d' aumentarlo, Ciò ne sembra inesatto. Ben è vero che il nostro dritto francese permette a' creditori d' impugnar la rinunzia che il debitore fa ad una successione, ovechè il dritto romano punto nol permetteva; ma ciò dipende da un mutamento di principio sugli effetti dell' accettazione delle successioni.

A Roma, gli eredi si divideano in eredi necessari e in eredi esterni, L' erede esterno, quegli cioè che non istava sotto la potestà del morente, non diveniva erede e proprietario de' beni se non mercè l' adizione ossia l' accettazione che facea dell' eredità, il suo ripudio non gli toglieva dunque questi beni; soltanto gl' impediva d' acquistarli; talchè questo ripudio non operava una diminuzione di patrimonio e non dava luogo all'azione pauliana. In quanto all'erede necessario, egli si trovava bensì erede e proprietario di pieno dritto e pel sol fatto della morte, ma restava forzosamente erede e non poteva ripudiare la successione, di guisa che non poteva esservi luogo di far annullare una rinunzia fatta da lui (1). Fra noi al contrario, ogni erede è libero di rinunziare ed ogni erede diviene proprietario col solo fatto della morte del suo autore; onde la rinunzia costituisce sempre una diminuzione di patrimonio, epperò autorizza l'azion rivocatoria (art. 721, 785).

Sicchè se il nostro dritto ammette la rivocazione in questo caso, non perciò si può conchiuderne che la sia autorizzata pe'casi, in cui il debitore à soltanto trascurato d'acquistare . . . Ed ora l' articolo che esisteva nel progetto prova il contrario; giacchè, dopo ammessa la rivocazione contro ogni rinunzia ad una successione, non l'ammetteva contro la rinunzia ad una donazione se non quando questa donazione *fosse stata accettata precedentemente*, talchè il debitore avesse così abbandonati de' beni che già gli appartenevano.

E di fermo, come dire che un debitore à frodati i suoi creditori, che à distrutto il loro pegno, quando à solamente trasandato d' acquistare nuovi beni? Si dirà per avventura, come Zachariae, che gli articoli 2092 e 2093 poggiano il pegno del creditore su' *beni futuri* del debitore nonchè su' beni presenti, e che quindi vien diminuito questo pegno ove si ricusi d' acquistar questi beni futuri? Ma gli è un evidente abuso di termini. Il pensiero degli art. 2092 e 2093 è semplicemente che il dritto di pegno del mio creditore colpisce immediate i beni che mi appartengono nel dì in cui nasce la mia obbligazione, e colpirà posteriormente, a seconda degli acquisti, i beni che in avvenire m' apparterranno; questo pensiero non è evidentemente che il dritto di pegno colpisca *tualmente* i miei beni *futuri*. Ma, poichè soltanto l' entrar del bene nel mio patrimonio lo sottomette al vostro pegno, voi dunque non potete dire che, pel mio rifiuto d' acquistare questi beni, sia stato scemato il vostro pegno.

IV. — 499. Quando trattasi d' un atto che à menomato il patrimonio, quando quest'atto à cagionata o aumentata l' insolvibilità del debitore e il debitore à compiuto cotale atto fraudolentemente, è tuttavia ammessibile l' azione pauliana? ovvero àssi ancora da ricercare se vi sia stata egualmente frode nella parte, con cui il debitore à trattato?

Qui vuolsi fare la distinzione da noi rigettata di sopra tra gli atti gratuiti e gli atti onerosi. Ove si tratti d' un atto gratuito, di una rinunzia a successione, per esempio, o d'una donazione, l'atto potrà venir annullato, comunque il donatario o l' erede a cui giovava la rinunzia non abbia commessa veruna frode ed abbia onninamente ignorato il pregiudizio che l' atto recar poteva a' creditori; ma, se si tratti d' un atto a titolo onerose, l' annullamento non è possibile che quando il terzo è stato complice della frode del debitore, *conscius fraudis*. Tali erano i principî del dritto romano e del nostro dritto antico (*Dig.*, l. 42, t. 8, 6, § 11 e 7; Pothier, *ivi*); e pertanto son pur quelli del Codice, il quale, come già si è detto, si è taciuto su' particolari dell' azion pauliana appunto per mantenere le regole precedentemente ammesse. Questa regola, d' altronde, è consona alla ragione non meno che al dritto positivo; chè, se non ci à motivo di preferire il creditore al terzo quando entrambi lottano per evitare una perdita, è ben naturale al contrario di preferirlo a un terzo, il quale non cerchi che far un guadagno. Tal è anche la dottrina di tutti gli autori e di tutti gli arresti.

499 *bis*. Ma che si deciderà, se l' acquirente, il quale si trovava sottomesso all' azion rivocatoria, à trasmesso il bene a un sotto-acquirente?

Non v' è difficoltà, se il nuovo detentore

(1) Potea soltanto ottenere il benefizio di *astensione* (se era figlio di famiglia), o il benefizio di *separazione* (se schiavo), per evitar le azioni che i creditori ereditari avrebbero altrimenti esercitate su' beni personali di lui. *Inst. Giust.*, l. 2, t. 19.

à acquistato a titolo gratuito: egli era pur naturale di preferirgli il creditore pel motivo indicato di sopra. Tanto avean fatto di fermo il dritto romano e il nostro dritto antico; e tutti riconoscono esser lo stesso oggidì. Ma questo accordo più non esiste quando trattasi d'un sottoacquirente a titolo oneroso. Il Proudhon (*Usuf.* n.° 2412) e il Duranton (X - 582) insegnano ch'ei non può esser evinto se non sia stato complice della frode; lo Zachariæ all'opposto decide che dovrà esserlo in tutt' i casi (II, p. 348 nota 25).

Quest'ultima idea non potremmo adottarla; e la decisione del Proudhon e del Duranton sembraci irrefragabile. Già era un tempo ammessa formalmente (Dig. l. 42, t. 8, 9; Domat, l. 2, t. 19, sez. 1, n.° 3), e noi abbiam veduto come il Codice in questa materia non abbia punto mutati gli antichi principî. Senzachè la dottrina contraria sarebbe inconseguente; chè tosto che un primo acquirente a titolo oneroso non può esser molestato quando è esente da frode, tosto che lo pone al coperto la sua buona fede, come non produrrebbe lo stesso effetto quella d'un sottoacquirente? Non contendono forse in ambi i casi del pari il creditore e l'acquirente *de damno vitando*? forsechè il primo acquirente messo dal debitore nel posto di lui e pubblicamente investito de' suoi dritti, non deve almeno esser considerato come munito da questo debitore di procura per alienar il bene, e, quando si valida l'alienazione che esso debitore fatta avesse mediante un mandatario, come annullar quella fattasi mediante un primo acquirente avente causa da lui?

Indarno invocasi il principio che altri non può trasferire i dritti ch'egli stesso non à, per dire che il primo acquirente non avendo che una proprietà revocabile da' creditori, non abbia potuto trasmettere una proprietà irrevocabile. Questo principio è inapplicabile qui, e cede alla circostenza d'acquisto fatto a titolo oneroso e di buona fede, dacchè il debitore, la cui proprietà non è mica alienabile in frode del creditore, conferisce però, anche fraudolentemente, agli acquirenti a titolo oneroso e di buona fede, una proprietà irrevocabile (1).

V. — 500. Se la frode del debitore fosse consistita in lasciar pronunziare contro di lui, per connivenza co' suoi avversari, una sentenza favorevole a questi, i creditori avrebbero pur sempre l'azion rivocatoria, e l'eserciterebbono allora impugnando la sentenza con l'opposizione di terzo (art. 474 C. proc.) I creditori infatti possono opporsi a questa sentenza che lor nuoce, fondandosi sull'esser eglino *de' terzi* in quanto alla detta sentenza, o sul non esservi punto stati rappresentati; chè, se per principio un debitore rappresenta necessariamente i suoi creditori nelle sue liti, e perde o guadagna per loro come per sè medesimo, è ben chiaro che la cosa è diversa, e ch'egli divien piuttosto loro avversario che loro rappresentante, allorchè lasciasi condannare per frode.

VI. — 501. Egli è un punto non poco delicato quello di sapere se i creditori, divenuti tali posteriormente all'atto fraudolento (e che per tanto non possono impugnarlo, non essendo già stato fatto in frode dei lor dritti), possano nondimanco profittare della rivocazione che ne fosse pronunziata sulla domanda dei creditori anteriori.

Il Duranton (X-574) risponde affermativamente, fondandosi su queste due idee: 1° Che l'azione rivocatoria fa rientrar i beni nel patrimonio del debitore; e 2° che, una volta rimessi questi beni nel detto patrimonio, tutti i creditori vi ànno forzosamente un ugual dritto, salvo il caso di privilegi, o d'ipoteche, dappoichè la legge non ammette fra' creditori verun'altra causa di preferenza, salvo questi privilegi o ipoteche (art. 2093, 2094). —Altri giureconsulti sostengono la negativa, dicendo che l'azione non fa punto rientrare i beni nel patrimonio del debitore. Secondo essi, i creditori non fan mica annullare l'atto del loro debitore, soltanto esercitano contro i terzi un dritto (*droit de suite*) risultante dal loro pegno, ossia che seguono nelle mani dei terzi i beni appartenuti al loro debitore, per farsi pagare sul prezzo, ma senza che questi beni cessino d'appartener al terzo.

Questo ultimo principio è inesatto... Innanzi tutto vuolsi ben riconoscere che il pegno ondo trattasi non contiene altrimenti il dritto anzidetto (*droit de suite*) per principio, per sua natura, e che se produr lo potesse, sarebbe un'eccezione pel caso particolare di frode; gli è evidente, dacchè soltanto in questo caso possono i creditori reclamare dopo alienato il bene e, salvo questo caso e in generale, l'alienazione fatta dal debitore fa cessare il pegno de' creditori. Ma, se il pegno, quale il fa la legge, quale lo conferiscono gli art. 2092 e 2093, non contiene verun

(1) Siffatto principio, già consacrato da più arresti (Parigi, 11 lug. 29, Rig. 21, marzo 30) lo è stato ancora (insieme a quello del n. 502) da un arresto di cass. del 2 feb. 52, e il primo avvocato generale Nicias Gaillard nelle discussioni ci fe' l'onore di leggere alla Corte le nostre spiegazioni sull'azione paoliana (*Gaz. Tr.* e *Dr.* 3 feb. 52).

dritto di perseguire il bene, come mai farebbe nascer questo dritto la circostanza di frode? può essa forse mutare la natura del pegno? Evidentemente conviene cercare un'altra teorica, e questa teorica è semplicissima.

Il pegno de' creditori non esiste che su' beni attualmente appartenenti al debitore, e il pegno cessa tosto che v'è stata alienazione. Ma, se quest' alienazione è fatta fraudolentemente, allora, siccome *fraus omnia corrumpit*, si permette al creditore di far annullare quest' alienazione, e una volta che questa è presunta non avvenuta, si reputa non esser punto il bene uscito dal patrimonio del debitore, e il dritto di pegno del creditore trovasi non aver altrimenti cessato d'esistere. E come dubitar dell' esattezza di questa teorica, allorchè si vede il dritto romano, seguito in tutta questa materia dall' antica nostra giurisprudenza francese, esporla ne'termini più formali? *Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id* IN BONIS DEBITORIS MANSISSE (Inst., l. 4 t. VI, § 6).

Riconosciam dunque, col Duranton, che l'effetto dell' azione pauliana si è di far rientrare legalmente il bene nel patrimonio del debitore. E, siccome niun testo autorizza a dire che v' entri solo relativamente a tali creditori, pensiamo col dotto professore che i creditori posteriori, i quali non possono far pronunziare la rivocazione, potranno tuttavia approfittarne quando sarà ottenuta dagli altri. E su questo principio fondandoci della rientrata del bene nel patrimonio del debitore, abbiamo deciso eziandio che il terzo a cui toglie il bene la rivocazione non può esercitare ricorso veruno (V. la spiegazione degli art. 622 e 788).

502. Del resto, quando diciamo la rivocazione non potersi dimandare se non da coloro che eran creditori al momento dell'atto, non parliamo che pei casi ordinari e supponendo che l' atto sia stato fatto appunto per frodare questi creditori attuali; ma, se fosse l' atto stato fatto per frodar quelli con cui l' agente si proponeva contrattar più tardi, è chiaro che questi creditori posteriori potrebbono allora far annullare, attesochè in tal caso precisamento contro di loro sarebbesi commessa la frode: *fraus omnia corrumpit*. Così noi avevamo insegnato in un consulto (12 agosto 1850) in cui confutavamo un arresto contrario di Rennes; o infatti di quest' ultima decisione pronunzia l' annullamento l' arresto del 2 febb. 1852 citato nella nota precedente.

VII. — 503. Egli è un punto controverso di saper entro qual termine abbia ad intentarsi l' azione pauliana. — Il Toullier ci dice che il termine sarà prefisso dal giudice secondo le circostanze; ma questa decisione è troppo arbitraria, troppo evidentemente inammessibile, sicchè non à mestieri d' esser discussa. — Il Duranton (X-585) dichiara l'azione sottomessa alla prescrizione dell'art. 1304, e la fa quindi durare 10 anni. Ma è certo, dagli stessi termini di quest' art. 1304, non essere scritto che per le azioni di nullità intentate dalle parti contraenti medesime: che pertanto l' azione pauliana non è sottomessa che alla regola generale dell' art. 2262 e dee durar 30 anni dall' adempimento dell' atto fraudolente (1).

1168 e s. *Si trovano più avanti, dopo il cap.* III (n° 541).

SECONDA PARTE DEL CAPITOLO III

DELL' EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE II.

(*Art. 1137, 1138 in parte e 1139*).

504. Abbiamo spiegato anteriormente (numero 477) gli art. 1136, 1138 in parte, 1140 e 1141, onde non ci rimane da studiar qui, per terminare la nostra sezione II, che l' art. 1137 sulla teorica delle colpe, la parte dell' art. 1138 relativa alla quistione dei rischi, e l' art. 1139 sulla messa in mora della persona obbligata.

1137. [1091]. L' obbligo d' invigilare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per oggetto l' utilità soltanto di una delle parti, quanto se abbia per iscopo la loro utilità comune, sottopone colui che ne è incaricato ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia.

Quest' obbligo è più o meno esteso relativamente ad alcuni contratti, i cui effetti, a questo riguardo, sono spiegati nei rispettivi titoli.

SOMMARIO.

I. La regola di questo articolo stabilisce un principio generale sul punto di sapere, di quali colpe sia tenuta ogni persona obbligata.
II. Teoria delle colpe nell' antico dritto, a torto attribuita ai Romani.

(1) Proud., n° 2401; Zachariae, II, 319; Duvergier su Toullier; Parigi, 11 lug. 29; rig. 24 marzo 30; Tolosa, 15 genn. 31; Riom 3 ag. 40; (Dev. 31, 2, 298; 41, 2. 16).

III. Teoria del Codice. Per massima, si è tenuto della cura ordinaria di un buon amministratore. — Eccezione di favore pel depositario. — Osservazione.

I. — 505. La regola che ferma questo articolo non s'applica soltanto alle obbligazioni di conservar una cosa, benchè per esse sia scritta; la è un'idea che l'insieme del Codice estende a tutte le obbligazioni o di cui à fatto un principio generale sul punto di sapere di qual colpa una persona obbligata si trovi responsabile, qualichessieno le circostanze, a quali cure ella sia tenuta nell'adempimento della sua qualunque obbligazione. La prova di questa generalità della regola si trova in una quantità d'articoli del Codice, i quali tutti non sono che applicazioni particolari del principio. Possonsi tra gli altri veder gli art. 450 - 2° per tutti gli atti che concernono l'amministrazione del tutore; 601 pel godimento dell'usufrutto; 627 per l'esercizio del dritto d'uso; 1374 per l'amministrazione del semplice *gestor negotiorum*, i quali riferisconsi all'obbligazione di fare, nonchè a quella di dare o di conservar una cosa, e alle obbligazioni provenienti da un quasi-contratto, dalla legge ecc., nonchè a quelle convenzionali.

II. — 506. Su questa teorica generale *delle colpe* la nostra antica giurisprudenza seguiva un sistema che, sulla fede de' commentatori, credevasi esser quello del dritto romano.

Si distingueano in prima tre specie di colpe: 1° La colpa grave, *culpa lata*, che consisteva in una mancanza di cura, cui l'obbligato, giusta le sue note abitudini, non avrebbe commessa pei suoi propri affari; 2° la colpa lieve, *culpa levis*, la quale esisteva allorchè l'obbligato, quali che fossero le sue abitudini personali, non aveva apportate le cure che suol dare a' suoi affari un proprietario, un amministratore diligente, *bonus pater familias*; 3° in fine la colpa lievissima, *culpa levissima*, che esisteva sol perchè era possibile immaginare un uomo di tal prudenza da aver evitato il manco di cura o di precauzione rimproverato all'obbligato. Come si vede, la colpa grave si valutava, prendendo a punto di paragone l'obbligato medesimo, le cure che *realmente e in fatto* egli dava a' suoi affari personali; ovechè per la colpa lieve e per la lievissima il punto di paragone consisteva in un *tipo astratto*, che era, in un caso, l'amministratore prudente, ma d'una prudenza ordinaria, e nell'altro l'amministratore prudente fino agli ultimi limiti del possibile. Sicchè dicevasi cho la colpa grave si valutava *in concreto* e le altre due *in abstracto*. — Così precisate le tre specie di colpe, si diceva l'obbligato non esser tenuto che per la colpa grave, quando la sua obbligazione esisteva nell'interesse unico del suo creditore (p. es. per un mandatario); che era tenuto per la colpa lieve quando l'affare interessava a un tempo ambe le parti (come in una locazione), e in ultimo della colpa lievissima, quando non era obbligato che nel suo unico interesse (come nel comodato).

Trovasi questo sistema indicato in Pothier (n° 142) e nella esposizione de' motivi del nostro titolo. (Fenet. t. XIII, p. 229).

III. — 507. Questo sistema, il quale non era punto, come erasi creduto, quello dei giureconsulti romani, è rigettato dal Codice checchè si dicano Proudhon, Ducaurroy (*Inst.*, n° 1067) e Duranton (X — 3977). Oggidì più non s'ammette questa colpa *lievissima* risultante dal paragone fatto con un tipo d'una perfezione immaginaria; non s'ammette neppure cho un obbligato possa mai esser discaricato delle sue colpe, sol perchè commette talvolta le medesime colpe ne' propri affari: ancorchè voi non siate obbligato che per mio interesse,non si restringerà punto la vostra responsabilità alle colpe gravi e considerate *in concreto*; reciprocamente, comunque la vostra obbligazione a voi solo giovi, non vi si domanderà già una prudenza e delle precauzioni spinte fino agli estremi limiti del possibile, in tutt'i casi prenderassi per tipo, per punto di paragone *il buon padre di famiglia*, val dire si ricercherà ciò che un amministratore accurato fa abitualmente e nel corso ordinario delle cose. E di fermo, il Codice dice: « Sia che *la convenzione* (e bisogna dire in generale l'*affare*, qualunque sia, v' abbia o no convenzione) non abbia per oggetto che l'utilità d'una delle parti (non monta quale), sia che abbia per oggetto la loro comune utilità, sottomette l'obbligato ad apportarvi tutte le cure d'un buon padre di famiglia. »

507 *bis*. Avvi però un caso, ed è il solo in cui la legge faccia eccezione a questo principio, e non sottometta l'obbligato che alle colpe considerate *in concreto*: ed è il caso di deposito. Il legislatore, movendo da questa idea, che un depositario à semplicemente consentito a lasciarvi metter la vostra cosa presso di lui e fra le sue, e che quindi à dovuto essere nella comune intenzione delle parti ch'ei la sorvegliasse nella guisa medesima e insieme alle sue nè più nè meno, il legislatore dichiara (art. 1927) che « il depositario deve arrecare nella custodia della cosa depositata *le stesse cure che arreca* nella custodia delle cose *che gli appartengono*. «

507 *ter.* Ad ogni modo, si concepisce che il principio generale del nostro articolo, nonchè l'eccezione relativa al depositario, son suscettivi di esser applicati con maggiore o minor rigore. Togliendo a punto di paragone il tipo d'un buon padre di famiglia, si può, senza andar agli estremi, figurarsi questo tipo più o men perfetto; da un'altra banda, allorchè il giudice esamina la colpa soltanto *in concreto* e giusta la condotta ordinaria dell' obbligato, trova ancora una certa latitudine, non fosse altro che nella scelta degli atti che crederà dover prendere per estimare la prudenza ordinaria di cotesto obbligato. Perciò la legge ci dice che la responsabilità, benchè si regoli con un principio unico, potrà essere più o meno estesa secondo la natura del contratto (2° comma) e secondo l'insieme delle circostanze (art. 1374); e che la regola speciale al depositario dovrà in certi casi applicarsi con più rigore dell'ordinario (art. 1928).

1138 *1a parte. Si trova di sopra* n° 480.

1138 *2.a parte* [1092]. Tale obbligazione (di consegnare al corpo certo) costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo, dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non ne sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna: nel qual caso la cosa rimane a rischio di quest' ultimo.

508. Sappiamo che le parole ***dall' istante in cui la cosa à dovuto esser consegnata*** significano nel nostro articolo ***dall' istante in cui à dovuto farsi, in cui si reputa fatta la tradizione fittizia***, ossia dacchè è formata la convenzione.

Il creditore d'un corpo certo, d'una cosa individualmente determinata, si trova dunque, una volta create le obbligazioni correlative, gravato de' rischi di questa cosa, tenuto a subirne diffinitivamente la perdita, vuoi totale vuoi parziale, ossia che sarà sempre obbligato a pagar il prezzo convenuto, malgrado il deterioramento o la distruzione che subisce il corpo certo, la quale scema o annulla al tutto il benefizio del suo credito. Così, quando voi m'avete venduto il vostro cavallo o il tal pezzo di terra, e prima della tradizione il fulmine uccide il cavallo, o il fiume che rasenta il pezzo di terra ne porta via la metà, io non sarò men tenuto di pagarvi la somma convenuta, comechè voi non mi diate che la metà dell' oggetto cui io avea voluto procacciarmi, o anche nulla.

Questa regola non è punto un' innovazione del Codice; è stata ammessa d'ogni tempo, nel diritto romano e nell' antica nostra giurisprudenza. (*Inst.*, l. 3, t. 23; § 3, Pothier, *Vendita*, n° 307). Per cui non è altrimenti conseguenza del nuovo principio del trasferimento della proprietà al creditore per l'effetto immediato del contratto, sibbene è conseguenza di questa ragione d'equità, che il creditore del corpo certo, essendo chiamato a profittar degli aumenti e delle migliorie che esso corpo potesse ricevere prima della tradizione, dee reciprocamente subirne le deteriorazioni o la perdita. Del resto, oggi che il contratto di per sè trasferisce senz' altro nel creditore la proprietà del corpo certo, ànnoci due ragioni in luogo d'una, perchè l'oggetto stia a rischio di lui.

509. Ma, onde la perdita totale o parziale della cosa vada a rischio del creditore, fa mestieri che non sia avvenuta per colpa del debitore nè per suo fatto.

Che il debitore non sia punto liberato per la perdita risultante dal fatto suo, ancorchè senza sua colpa, gli è un principio di dritto e di ragione che fu ammesso sempre. Così quando l'erede della persona che m'avea venduto il tale oggetto, ignorando la vendita fatta dal suo autore, à egli stesso distrutto l'oggetto, è ben giusto, tuttochè non vi sia colpa veruna da apporgli, ch'ei non possa farmi pagar il prezzo, e che il pregiudizio ricada su lui anzichè su me. Il semplice fatto d'una persona, il quale per fermo non basterebbe a far nascere un'obbligazione contro di lei, basta dunque ad impedir la liberazione dalle sue obbligazioni preesistenti, e questo principio, consacrato nelle *Instituta* (l. 2, t. 20, § 16), è altresì proclamato negli art. 1042 e 1245 del Codice civile.

Se il semplice fatto del debitore non lo sottrae da' rischi, tanto più dalla colpa; e siccome è una colpa di mettersi in mora, in ritardo di consegnar l'oggetto (*qui in mora est, culpa non vacat*), la fine del nostro articolo dichiara con ragione che, se il debitore è in mora, la cosa rimane a suo rischio. Vediamo pertanto con la spiegazione dell'articolo seguente come sia costituito in mora il debitore.

1139. [1093]. Il debitore è costituito in mora tanto mediante intimazione o altro atto equivalente, quanto in vigore della

convenzione, allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora alla scadenza del termine convenuto, senza necessità di alcun atto,

510. Egli è un errore comune anzichè no di credere che un debitore sia in mora, sol perchè il termine convenuto all'adempimento della sua obbligazione spiri senza ch'egli adempia.

Ne' principi del Codice, contrari al dritto romano su questo punto, il debitore in generale non è in mora, malgrado la scadenza del termine finchè un' intimazione o qualche atto equivalente (un precetto, una citazione (1)) non sia venuto a provargli che il creditore non intende accordargli verona dilazione; finchè il creditore si tace, il debitore è autorizzato a credere che l'altro non brami un'esecuzione immediata, e il nostro articolo rigetta la massima romana: *Dies interpellat pro homine*. Egli è inoltre ben evidente che, con l'intimazione fatta di eseguire, il debitore non è già messo in mora all'istante medesimo; sì solo dopo il lasso di tempo moralmente necessario per adempiere all'esecuzione domandatagli, il qual tempo sarebbe arbitrato dal giudice. Questo giudice può anzi, secondo le circostanze e quando lo stimi ragionevole, accordar al debitore qualche dilazione (art. 1244; Pothier, n. 146).

Onde il debitore sia in mora senz'alcuno atto dichiarativo della volontà attuale del creditore, è mestieri o 1° che questi abbia formalmente stipulato che la mora risulterebbe dalla sola scadenza del termine, ovvero 2° (come risulta dall'art. 1146) che, per la sua natura medesima, l'obbligazione non potesse eseguirsi fuorchè entro il periodo di tempo che il debitore è lasciato trascorrere.

Osserviamo del resto che la regola fermata da questo articolo sulla messa in mora punto non s'applica alle obbligazioni di somme di danaro, per le quali troveremo una regola speciale nella sezione IV (art. 1153, n° III).

1140 1141 *sono stati spiegati sopra al* n° 487.

SEZIONE III.

Dell'obbligazione di fare o di non fare.

1142 [1096]. Le obbligazioni di fare o di non fare, in caso d'inadempimento per parte del debitore, si risolvono nel risarcimento dei danni ed interessi.

511. Abbiamo detto che gli effetti dell'obbligazione, i suoi risultati legali, sono d'autorizzar il creditore a perseguiro il suo debitore per ottener da lui l'esecuzione dell'obbligazione; e, in caso di rifiuto ostinato, di farsi procurar l'esecuzione con l'aiuto della forza pubblica, se le circostanze lo permettono, o nel caso contrario ad ottener de' danni e interessi.

Quando permetterà il rifiuto del debitore d'ottener l'esecuzione effettiva mercè l'intervento della forza pubblica? quando all'opposto ridurrà il creditore a non avere che de' danni e interessi?.. L'esecuzione forzata avrà luogo nel nostro dritto ogni qual volta la si potrà attuare senza violenze praticate sulla persona del debitore, ossia ogni qual volta quest'esecuzione non sarà di natura da non poterla fare altri che il debitore medesimo. Questo principio, consono alla nostra antica giurisprudenza e contrario al dritto romano (in cui il creditore mai non poteva ottenere se non una condanna pecuniaria), è consacrato negli art. 1143 e 1144, a' quali giungiamo, e che vengono a restringere la regola, formolata troppo ampiamente e quindi inesattamente nel nostro art. 1142.

1143 [1097]. Ciò non ostante, il creditore ha diritto di domandare che sia distrutto ciò che fosse stato fatto in contravvenzione all'obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, senza pregiudizio de' danni ed interessi, quando vi sia luogo.

1144 [1098]. Nel caso d'inadempimento, può egualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione a spese del debitore.

512. Allorchè voi vi siete obbligato a non chiudere il vostro viale, ond'io vi possa passare, e tuttavia lo chiudete con un fossato,

(1) Rig. 14 giug. 14.—Il precetto differisce dalla semplice intimazione in quanto non può esser fatto che in virtù d'un titolo esecutorio e conduce al sequestro e alla spropriazione del debitore; è una intimazione più energica dell'intimazione ordinaria.

con una barriera, con una siepe ecc., io posso farmi autorizzare a togliere di forza, e a vostre spese, la chiusura da voi posta indebitamente. Del pari, se vi siete obbligato verso di me a costruir sul vostro terreno un muro che a me stesso dee servir di chiusura, e ricusate d'eseguirlo, io potrò farmi autorizzare a costruir io medesimo il muro a spese vostre.

Perchè fosse altrimenti, perchè io non potessi venir autorizzato dal magistrato a procurarmi l'esecuzione diretta ed effettiva dell'obbligazione di non fare o di fare che voi ricusate d'eseguir voi stesso, sarebbe d'uopo si trattasse di un fatto o di un'astensione che voi poteste attuare, e che quindi non si potrebbero effettuare vostro malgrado se non mediante violenze dirette contro la vostra persona. Così allorchè voi m'avete promesso di far un viaggio a Lione, per trattarvi il tal affare che m'interessa, è chiaro non potersi punto adoperare la forza per condurvi a Lione. Parimenti, se voi vi siete obbligato, cedendomi il vostro fondo di commercio, a non aprir bottega nello stesso quartiere, non si potrà mica usar la violenza per iscacciarvi dalla casa che venite ad occupare accanto a me. In simil caso, e quando l'esecuzione vi è puramente personale, il creditore potrà soltanto farvi condannare a' danni e interessi.

513. Ondechè non dee l'art. 1142 prendersi alla lettera, quando dice che ogni obbligazione di fare o di non fare si risolva in danni e interessi nel caso d'inesecuzione. Ciò sta in due ipotesi soltanto: 1° Allorchè l'esecuzione forzata non potrebbe risultare che da una violenza diretta contro la persona del debitore; 2° allorchè il creditore quantunque arbitro d'ottener con la forza l'esecuzione diretta, vuol pure contentarsi dei danni ed interessi.

E, poichè i nostri articoli 1143 e 1144 autorizzano al ottener l'esecuzione forzata, quando la natura delle cose il permetta nelle obbligazioni di fare o di non fare, è evidente che la si potrà tanto più ottenere nelle obbligazioni di dare, di procurar una cosa, dacchè allora non si tratterà che d'impadronirsi della cosa promessa. Noi non parliam soltanto del caso d'un corpo certo che si fosse convenuto di dare in proprietà (giacchè allora non pur come creditore, sì eziandio come proprietario, potrebbe lo stipulante reclamar la cosa, e in tal caso anche a Roma era permessa l'*apprehensio manu militari*); parliam del caso in cui il creditore non è che creditore. Già nel nostro dritto antico, quando la convenzione non rendeva proprietario il creditore, questi potea del pari farsi autorizzare a sequestrar la cosa e mettersene in possesso (Pothier, 156).

1145 [1099]. Se l'obbligazione consiste nel non fare, quello che vi contravviene è tenuto ai danni ed interessi pel solo fatto della contravvenzione.

N. B. *Egli è aperto che questa regola appartiene esclusivamente alla sezione che segue, e in quella la porremo, insieme alla parte dell'art. 1143 relativo ai danni e interessi che possono ancora esser dovuti al creditore, pur quando à fatto distruggere ciò ch'erasi fatto in contravvenzione all'obbligazione.*

SEZIONE IV.

Dei danni e interessi risultanti dall'inesecuzione dell'obbligazione.

514. I danni e interessi son la riparazione 1° del *danno* che mi cagiona l'inesecuzione dell'obbligazione, 2° del benefizio, dell'*interesse*, di cui la detta inesecuzione mi priva; è il risarcimento del *damnum emergens* e del *lucrum cessans*.

I danni e interessi son dovuti per ogni inesecuzione sia totale, sia parziale, val dire per l'inesecuzione propriamente detta e per l'esecuzione incompiuta. E nell'esecuzione incompiuta, nell'esecuzione parziale rientra l'esecuzione tardiva; chè colui, il quale esegue più tardi di quel che doveva, non esegue tutto ciò che doveva, *minus solvit qui tardius solvit.*

L'art. 1145, che i compilatori àn posto fuori della nostra sezione, benchè manifestamente ne faccia parte, ci à detto quando sien dovuti i danni e interessi nelle obbligazioni di non fare; lo sono cioè nell'istante medesimo in che il debitore compie ciò da cui avea promesso d'astenersi. Per effetto di cotal manco di metodo, l'art. 1146 non parlerà se non delle obbligazioni di dare o di fare.

1146 [1100]. I danni e gl'interessi non sono dovuti che quando il debitore è in mora ad eseguire la sua obbligazione, o quando la cosa che si è obbligato di dare o fare, non poteva essere data o fatta se non in un determinato tempo che lo stesso debitore ha lasciato trascorrere.

515. Si vede che questo articolo, come avevamo annunziato, non parla che dell'obbligazione di dare e di fare, essendo stata la regola relativa alle obbligazioni di non fare

allogata, non si sa perchè, nella sezione precedente (art. 1145). A questo primo vizio l'articolo ne aggiunge un altro, recando al suo principio una pretesa eccezione, che tal non è punto. Il debitore, esso dice, deve i danni e interessi quando è in mora, *eccetto* allorchè la cosa non poteva esser data o fatta se non fra un termine ch'egli à lasciato passare. Ma in questo caso altresì, evidentemente, il debitore è in mora: quando Pietro m'avea promesso di consegnarmi il suo cavallo nel tal giorno per recarmi alla tal fiera e me lo dà passata la fiera; quando il mio patrocinatore à lasciato trascorrere il termine dell'appello, che s'era incaricato d'interporre per me, è chiaro che, s'ei mi deve i danni e interessi, è perchè è in ritardo, *in mora*. In luogo di presentarci questa circostanza come un'eccezione al principio che la messa in mora è quella che fa dovere i danni e interessi, conveniva riportarla alla fine dell'art. 1139 per completare i casi in cui il debitore trovavasi messo in mora.

1147 [1101]. Il debitore è condannato, se vi è luogo, al pagamento dei danni ed interessi, tanto per l'inadempimento della obbligazione, quanto per il ritardo della esecuzione, qualora egli non provi che l'inadempimento sia provenuto da una causa estranea, ad esso non imputabile, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede.

1148 [1102]. Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando in conseguenza di una forza irresistibile e di un caso fortuito, fu impedito di dare o di fare ciò cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato.

516. Posto che il debitore à contravvenuto alla sua obbligazione, sia facendo tutto o parte di ciò che dovea non fare, sia non facendo o non dando ciò che dovea fare o dare, sia facendolo o dandolo dopo essersi lasciato mettere in mora, egli è tenuto ai danni e interessi, e dev'esser condannato a pagarli, se vi à luogo, ossia il creditore à veramente subito un pregiudizio o perduto un lucro. Ma il debitore schiva il debito di danni e interessi, ove provi che senza sua colpa e senza suo fatto è avvenuta la contravvenzione all'obbligazione.

Ei non vi debb'essere dal canto di lui nè colpa nè fatto nell'inesecuzione dell'obbligazione; giacchè abbiam veduto, a proposito della quistion dei rischi, che, se rende impossibile l'esecuzione il fatto del debitore, non lascia egli d'esser tenuto per l'obbligazione, e quest'idea riproduce il nostro art. 1147, dichiarando che il debitore dovrà i danni e interessi ancorchè non v'abbia mala fede da parte sua, se non provi che la inesecuzione provenga *da una causa estranea*.

517. Al debitore, dice il nostro art. 1147, incombe giustificar la causa estranea onde procedo la inesecuzione; e questa non è che l'applicazione della regola la quale vuole che il debitore provi la sua liberazione come il creditore dee provar l'obbligazione (art. 1315).

L'inesecuzione, qualunque sia, evidentemente proviene da una causa estranea, epperò non dà luogo a danni e interessi, quando è unicamente dovuta a un evento di forza maggiore. Il Codice qui distingue la forza maggiore e il caso fortuito, che spesso altrovo confonde e che van confusi abitualmente: infatti possono entrambi venir riuniti sotto l'idea comune di avvenimenti indipendenti dalla volontà del debitore. Allorchè si vuol distinguerli, bisogna dire che il caso fortuito è dovuto a forze inintelligenti, come sarebbe un colpo di fulmine, un'inondazione, laddove la forza maggiore s'intenderà del fatto d'altri uomini, come sarebbe una aggressione di ladri. Ma cotesta distinzione non à qui utilità di sorta: al debitore spetta, secondo ciò che abbiam detto, provare il caso fortuito che allega (art. 1302). Che se, una volta provato un caso fortuito da me debitore, il creditore pretenda a sua volta che per mia colpa io mi son trovato sottoposto a questo caso fortuito, a lui appartiene stabilir la colpa, la quale pretende mi abbia a privare del beneficio della forza maggiore, ond'io avea fatta la prova (art. 1808).

518. Innanzi di passare agli articoli seguenti, nei quali il Codice s'occuperà del punto di sapere come debba determinarsi la cifra dei danni e interessi, indichiam qui una regola che abbiam lasciata passare inosservata nell'art. 1143, e che consiste in dire, potersi talfiata i danni e interessi cumulare con l'esecuzione effettiva dell'obbligazione.

E di fermo, se voi non eseguite che dopo un tempo più o men lungo, dacchè io v'ò messo in mora, questo sol ritardo à potuto cagionarmi un pregiudizio, e voi dovete ripararlo (art. 1146, 1147); s'io ò dovuto far distruggere coll'intervento del magistrato i lavori che voi avevate fatti in contravvenzione alla vostra obbligazione, l'esistenza, anche momentanea, di cotesti lavori à potuto nuocermi, e voi quindi potrete dovermi dei danni e interessi oltre a ciò che ò sborsato per la distruzione (art. 1143); del pari, se

io stesso ò dovuto eseguire in vostra vece l'obbligazione di dare o di fare a cui voi vi eravate sottomesso, le dilazioni e il disagio che il vostro mal talento m'à occasionato potran darmi il dritto di reclamare dei danni e interessi al di là delle spese che ò fatte.

1149 [1103]. I danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso spiegate.

519. Questo articolo e i seguenti àn per obbietto di fissar l'estensione dei danni e interessi, di fermar le regole, giusta le quali dovrà misurarsi ciò che il debitore deve al creditore per l'inesecuzione ovvero l'esecuzione compiuta o tardiva della sua obbligazione.

Il principio da cui comincia la legge nel nostro articolo andava da sè e risultava dalla stessa espressione *danni e interessi*, non essendo altro che la definizione di queste due parole, come si è veduto nel primordio della presente sezione. Il mio debitore mi dovrà 1° la perdita che m'à fatto subire, il *damnum emergens*, ed è il danno, 2° il benefizio onde m'à privato, il *lucrum cessans*, ed è l'*interesse*.

Ma, per quanto razionale o semplice paia siffatto principio, la sua applicazione à però dato luogo a gravi difficoltà. Giustiniano ci fa sapere che le incertezze e le discussioni elevate su tal materia erano, g'à ai suoi tempi, *antiche* quanto moltiplici: *cum pro eo quod inter est dubitationes antiquae in infinitum productae sint* (Cod. l. 7, t. 47). Vediamo quali sieno su questo punto le regole del Codice Napoleone, regole copiate, salvo poche modificazioni, dal Pothier (*Obblig.*, n. 136 a 172), che le avea egli stesso estratte dal trattato speciale del Dumoulin (*Tractatus de eo quod interest*).

520. Il Codice divide qui le obbligazioni in due categorie, ciascuna delle quali à il suo sistema a parte: la seconda è speciale alle obbligazioni di somme di danaro (art. 1153 1155); la prima abbraccia tutte le altre (art. 1150 a 1152).

Per le obbligazioni che non ànno ad obbietto una somma di danaro, il sistema del Codice, che sarà spiegato nei tre articoli segnenti, si riduce a queste due regole:

1° Il debitore non dee mai la riparazione delle perdite, le quali non sieno che una conseguenza lontana e indiretta del manco d'esecuzione (art. 1151); e sotto questo nome di *perdite* comprendiam qui ad una volta il *lucrum cessans* e il *damnum emergens*.

2°. In quanto a quelle che son realmente una conseguenza diretta di questa mancanza d'esecuzione, il debitore le dee tutte, se v'è stato dolo dal canto suo (ivi); se vi sia stata semplice colpa, non dee se non quelle che ragionevolmente doveansi prevedere nel formar il contratto (art. 1150).

§ 1.

Dei danni e interessi dovuti nelle obbligazioni che non abbiano ad oggetto somme di danaro.

1150 [1104]. Il debitore non è tenuto se non ai danni ed interessi che sono stati preveduti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento della obbligazione non derivi da suo dolo.

521. Quando non si può rimproverare alcun dolo al debitore, si riguarda naturalmente il suo debito di danni e interessi come il risultato di una convenzione accessoria tacitamente formata tra lui e il creditore su questo punto; e siccome questa intenzione probabile delle parti non à potuto riflettere che sul pregiudizio che si potea prevedere a tenor delle circostanze e del corso ordinario delle cose, il debitore dee soltanto la riparazione di questo pregiudizio. Quando il debitore per contra si è reso colpevole di dolo, la misura della riparazione non può più fissarsi con quest'idea d'una tacita convenzione; non si può ragionevolmente supporre che un debitore osi fare, o in ogni caso che un creditore possa accettare una proposizione come questa: « s'ei m'accadesse di non eseguire il nostro contratto per frode e mala fede, voi non esigereste rigorosamente la riparazione di tutto il danno che io potessi occasionarvi! »

Laonde non v'à più da ricercare allora cosa abbia il debitore potuto prevedere, a che abbia potuto consentire; col suo dolo egli s'obbliga necessariamente, e *velit nolit*, come dicea Dumoulin (n. 155), alla riparazione di tutto il danno causato.

522. Il debitore adunque che non ha commesso il dolo non dee riparare se non le perdite che le circostanze doveano far prevedere nel contrattare. Ciò comprende sempre e di necessità la riparazione del danno che il creditore à subito per procurarsi l'equivalente dell'oggetto promesso, e che i nostri antichi autori chiamavano danni e interessi dovuti *propter ipsam rem non habitam*.

In quanto ai danni sofferti per semplice conseguenza della privazione della cosa (e che gli autori diceano venir altronde che dalla cosa, *extrinsecus*, e chiamavano danni estranei o

estrinseci), si deciderà a seconda delle circostanze se il debitore li debba o no.

Così, quando io vi ò dato a fitto per 18 anni una casa di cui a torto mi credeva proprietario, e dalla quale voi venite espulso dopo 10 o 12 anni di godimento, io dovrò necessariamente ristorarvi e delle spese di sgombero e altresì del pregiudizio che risultar potesse per voi dall' essersi le pigioni aumentate nell' intervallo. Ma vi dovrò anche il danno che poteste subire nel vostro commercio per la perdita della clientela che può cagionare un mutamento di casa? Sì, se ò dovuto prevedere questo danno nel fare il contratto, ossia se sapeva che voi entravate nella mia casa per farvi il tal commercio; ma se l' ignoravo, se per es. voi vi siete fatto commerciante dopo entrato nella casa, nulla vi dovrò a tal riguardo (Pothier, n. 161, 162).

523. In somma, non è punto necessario distinguere i danni sofferti *propter rem ipsam* o *extrinsecos*; basta dire che il debitore dee tutti quelli che à dovuto prevedere, e che spetta ai tribunali decidere in fatto se il tal pregiudizio oggi avveratosi abbia o no dovuto entrare nelle sue previsioni.

1156. [1109] Nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole.

524. Quando pel suo dolo, per la sua mala fede, à il debitore mancato alla sua obbligazione, deve, come si è detto, tutti i danni che son veramente una conseguenza diretta dell' inesecuzione, senza che accada considerare se abbia ragionevolmente dovuto prevederli, nè se gli sia stato possibile prevederli. Così, quando per vostro dolo voi mi private delle ultime annate di godimento dell' affitto che m' avete consentito, mi dovete indennità, non pure per le mie spese di sgombero e per l' aumento della pigione che io potessi trovarmi astretto a subire, ma altresì per la perdita di clientela che lo potessi avere nel mio commercio, quandanco non avessi cominciato questo commercio che dopo di essere entrato nella vostra casa e senza aver avuto nel contrattare alcun' idea di dedicarmivi più tardi, di guisa che vi fosse stato impossibile prevedere questo danno nel far il contratto.

Ma il debitore, in questo caso medesimo di dolo, mai non deve se non i danni che sieno una conseguenza diretta e necessaria dell'inesecuzione, quelli di cui questa inesecuzione è veramente la causa unica. Se a mo' d'esempio, nello sgombero, a cui vi à costretto la mia inesecuzione del contratto di fitto, voi avete perduti, o sonosi infranti, taluni vostri oggetti preziosi, io non sarò mica tenuto per cotesta perdita, giacchè lo sgombero, effetto del mio dolo, non è stato causa di quella, ma occasione soltanto. Del pari, se io vi ò scientemente consegnato un cavallo affetto da mal contagioso, e la presenza di questo animale nella vostra scuderia à fatti perir tutti i vostri cavalli, e la morte de' vostri cavalli vi à impedito di coltivar le vostre terre, in tal caso io vi dovrò senza fallo il prezzo di tutt' i vostri cavalli, dacchè la loro morte à per unica causa la consegna ch' io v' ò fatta d' un caval'o infetto, ma non vi dovrò altrimenti il prezzo della raccolta onde siete stato privato. E di fermo, il mio dolo non costituisce già la causa di questa perdita: è bensì una delle circostanze dal cui complesso è quella derivata, ma non ne è esso solo la causa, chè voi potevate o comprar altri cavalli o torre in fitto quelli de' vostri vicini o locare le vostre terre: sicchè vera cagione di cotesto nuovo danno è la vostra incuria, la vostra mala amministrazione.

525. Ondechè « la regola da seguirsi, come dicea Pothier (n° 167), è che non s'ànno a comprendere ne' danni e interessi, di cui un debitore è tenuto per ragione del suo dolo, quelli i quali, *oltre al non esserne che una conseguenza remota*, *non ne son mica una conseguenza necessaria* e possono aver altre cause. »

Certamente questa idea del Pothier intendon riprodurre i nostri redattori, quando dicono non potersi esigere dal debitore, colpevole di dolo, se non il danno che sia una conseguenza *immediata e diretta* dell' inesecuzione. In verità la cumulazione di questi due aggettivi è poco esatta; ma il concetto si rende aperto riferendoci alle due idee indicate dal Pothier. La parola *diretta* viene a spiegare e modificare il senso della parola *immediata*; il danno, per esser dovuto, non à certo bisogno d' esser nato *immediatamente* dall' inesecuzione; basta che ne risulti *direttamente*, che non proceda da altre circostanze combinate col dolo del debitore, e che questo dolo ne sia ben l'unica e vera causa.

Per *conseguenza immediata e diretta* il nostro articolo intende in ultima analisi una conseguenza tanto *immediata* da esser ancora *diretta*, ossia tanto poco remota che non sieno venute cause estranee a mescolarsi al dolo del debitore e contribuire a produrre il risultato.

1152 [1106]. Quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di

eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può attribuirsi all'altra parte una somma maggiore o minore.

526. Il Codice s' allontana qui da' principi del Pothier, il quale insegnava (n.° 345) seguendo il Dumoulin (n° 166), che i danni e interessi fissati anticipatamente mercè un' espressa convenzione poteano esser ridotti dal giudice quando li trovava eccessivi. Il Codice, adottando qui il sentimento contrario di Azone, vuole che il giudice faccia eseguir puramente e semplicemente il contratto, senza mai permettersi d' aumentare o di diminuire la somma convenuta. E difatti, essendo preciso scopo di questa convenzione evitar le difficoltà a cui spesso darà luogo la valutazione dei danni e interessi ed eliminare ogni esame de' fatti, era contraddittorio permettere a' tribunali di rientrare in questo esame, per veder se la somma convenuta era o non era eccessiva.

Tanto più si deve oggi rigettare quest'altra regola ammessa dal Pothier e dal Dumoulin giusta la costituzione di Giustiniano (C. l. 7, t. 47), che il giudice non possa mai accordare danni e interessi oltre il doppio del valor della cosa che formava l' oggetto del primitivo contratto. Se il danno che voi m' avete cagionato e di cui mi dovete riparazione, poste le regole anzidette, si elevi al triplo del valore del nostro contratto, è questa una ragione perchè io non ne venga risarcito?

527. La convenzione accessoria onde parla il nostro articolo, e con la quale le parti fissino per innanzi i danni e interessi che saran dovuti al creditore, vuoi pel caso d' assoluta inesecuzione, vuoi pel semplice ritardo (art. 1447), riceve il nome di clausola penale, ed è nel Codice l' obbietto di un' intera sezione che bentosto prenderemo a studiare (art. 1226 - 1233).

§ 2.

De' danni e interessi, e della messa in mora, nelle obbligazioni di somme di danaro.

1153 [1107]. Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge, eccettuate le regole particolari al commercio ed alle assicurazioni.

Questi danni ed interessi sono dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita.

Non sono dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi in cui la legge dichiara che debbano *ipso jure* decorrere.

SOMMARIO.

I. I danni e interessi non son mai dovuti qui per inesecuzione, ma solo per ritardo nell' esecuzione. Consistono sempre ed unicamente nell' interesse legale del danaro.

II. Dopo il 1807, questi danni e interessi non posson mai venir aumentati per convenzione. Disegno del Duranton.

III. Non son dovuti per principio che dal dì in cui son domandati con un' azione giudiziaria, o in una citazione per conciliazione seguita dall' azione.

I. — 528. Avevamo già detto che la legge non applica alle obbligazioni di somme di danaro nè la regola dell' art. 1139 sulla messa in mora, nè quelle de' precedenti articoli sulla valutazione de' danni e interessi. Questa materia è trattata a parte nel nostro articolo e ne' due seguenti.

Notiamo innanzi tratto che nelle obbligazioni pecuniarie non ci à mai luogo a danni e interessi per inesecuzione propriamente detta, ai soltanto per ritardo nell' esecuzione. Difatti, è chiaro che l' obbligazione non può convertirsi in debito di danni e interessi, ossia in debito di somma di danaro, quando è debito di danaro primitivamente e per sè stessa; nè è men chiaro che, se il creditore non possa giungere per alcun mezzo ad ottenere la somma primitivamente dovutagli, non giungerebbe tampoco ad ottenerla a titolo di danni e interessi: la condanna a danni e interessi non aumenterebbe punto la solvibilità del debitore. Sicchè non può qui essere quistione se non d' aggiungere alla somma oggetto dell' obbligazione una nuova somma destinata a riparar il torto che al creditore cagioni il ritardo. Con ragione pertanto il nostro articolo parla soltanto de' *danni e interessi risultanti dal ritardo nell' esecuzione*. E perchè questi danni e interessi mai non risultano fuorchè dalla *mora*, appellansi *interessi moratori*, per opposizione agl' interessi dovuti in un prestito o in altro contratto qualunque pel godimento del capitale e che soglionsi denominare *interessi compensatori*.

529. Ma come si determinano questi danni e interessi? come si estima il pregiudizio che ha subito il creditore non ottenendo il danaro all' epoca in cui si dovea pagarglielo? « Siccome questi danni variano all' infinito, dicea Potier (n° 170) ed è non men difficile prevederli che giustificarli, è

stato necessario di regolarli come con una specie di cottimo e per qualcosa di fisso. Ciò si è fatto fissandoli agl' interessi della somma, alla ragione dell' ordinanza. » Tale è ancora la regola del nostro articolo, il quale dichiara che i danni e interessi non potran consistere salvo negl'interessi fissati dalla legge. Quest' interesse legale era alla pubblicazione del Codice (per la legge degli 11 aprile 1793) ed è tuttora oggi (per la legge del 3 settembre 1807) del 5 per 0/0 in materia civile e del 6 per 0/0 in materia commerciale.

Adunque, sol perchè il debitore sarà in mora, e senza che sia da considerare se il creditore abbia sofferto, saran pur sempre dovuti de' danni e interessi; e questi danni e interessi saran sempre l' interesse al 5 o al 6 per 0/0 della somma ch'era dovuta. Ciò dice il nostro 2° comma.

Ma questo principio non è senza eccezione. Così, in materia di commercio, il portatore d' una lettera di cambio non pagata alla scadenza può ottenere, per rifarsi del pregiudizio che gli cagiona il rifiuto di pagamento, e quindi a titolo di danni e interessi, non solo l' interesse legale della somma, ma altresì il cambio, ossia il benefizio ch' egli ha pagato al banchiere per procacciarsi del danaro immediatamente (C. comm. art. 177 a 186; Pothier, n. 171). In materia civile, il fideiussore che paga il debito del debitor principale può esigere de' danni e interessi oltre all' interesse legale della somma sborsata (art. 2028). A queste due eccezioni indicate dal nostro articolo l' art. 1846 ne aggiunge una terza pel caso di società.

II.—530. Alla pubblicazione del Codice la regola onde il nostro articolo fissa invariabilmente i danni e interessi all' interesse legale della somma dovuta non s'applicava, tranne allorchè questi danni e interessi non erano stati altrimenti regolati con una special convenzione delle parti. Queste poteano mercè una clausola penale convenire intorno a danni e interessi più o meno considerevoli dell' interesse legale del danaro; e l' art. 1152 avrebbe interdetto al giudice di scemare come d' accrescere la somma convenuta. Ma oggi non è più lo stesso. La legge del 3 settembre 1807 non si è contentata, come quella degli 11 aprile 1793, di fissar l' interesse legale del danaro;à dichiarato altresì che l' interesse convenzionale mai non potrebbe eccedere l' interesse legale. Onde l' art. 1152 non è più applicabile alle obbligazioni di somme di danaro; ed ogni convenzione di pagare a titolo di danni e interessi, pel ritardo nell' esecuzione d' una simile obbligazione, una somma più forte di quella risultante dall' interesse al 5 o al 6 per 0/0 si troverebbe nulla come usuraria.

Così pensiamo che avrebbe a essere, malgrado l' opposto avviso del Duranton (X. 488), pur quando la stipulazione d' una somma eccedente la cifra dell' interesse legale non fosse fatta che nella previsione d'un danno specialmente determinato, il quale venisse ad avverarsi. Dappoichè si tratterebbe egualmente di danni e interessi dovuti pel ritardo nell' esecuzione d' un' obbligazione pecuniaria; e se in grazia della tal circostanza preveduta fosse permesso d' aumentare questi danni e interessi, sarebbe dunque permesso altresì nel medesimo caso di stipulare per un contratto di mutuo o per altro qualsivoglia un interesso superiore al 5 o al 6 per 100, cotalchè non vi sarebbe cosa più facile del violare, anche apertamente, la regola positiva della legge del 1807. Epperò il Pothier (n.° 346) dice, senza restrizione o eccezione di sorta, chè « le penali stipulate in simil caso vogliono esser ridotte alla ragione legittima degl' interessi di cui tengon luogo. »

III. — 531. I danni e interessi dovuti nella nostra materia e che non san mai altra cosa fuorchè l' interesse del danaro, non son dovuti al par degli altri che a far tempo dalla messa in mora del debitore. Ma questa messa in mora non si attua qui come ne' casi ordinari: qui non basta più, come nell' art. 1139, una semplice intimazione, e sarebbe insufficiente anche un precetto (1); è indispensabile la domanda giudiziaria.

Diciamo *una domanda giudiziaria*; giacchè non s' avrebbe a credere che il nostro articolo intendesse parlar qui d' una domanda di una semplice richiesta di pagare; tutti ben riconoscono, o d'altronde si vede chiaramente dall' articolo che segue, trattarsi d' una domanda giudiziaria, d' una citazione introduttiva d' istanza. Tuttavolta, poichè il Codice di procedura (art. 48 e seg.) non permette al creditore d' introdurre la sua azione giudiziaria prima d' aver tentato col suo debitore una conciliazione, in vista della quale dee chiamarlo avanti al giudice di pace, era giusto far correre gl' interessi dal dì della citazione per conciliazione. E tanto fa l' art. 57 detto Codice, sotto la sola condizione che questa citazione sia seguita dalla domanda giudiziaria entro il mese dal dì della non comparsa del debitore o della non seguita conciliazione.

(1) Rig. 16 nov. 26; Riom 17 mag. 30 (Dev. 8, 1, 455; 9, 32, 463).

532. La redazione assai poco esplicita del nostro 3.° comma non indica l'obbietto che dee domandarsi per far correre gl' interessi: si tratta soltanto della *domanda della somma dovuta*, o l' articolo intende qui parlare della *domanda degl' interessi medesimi?* Certi giureconsulti pensano bastare la domanda del capitale. Ei non si tratta, può dirsi, che di metter in mora il debitore; e se la mora, nei casi ordinari, risulta dalla semplice intimazione d' eseguir l' obbligazione (che già è un favore pel debitore) dee qui almeno risultare dall' azione intentata in giudizio. Per quanto sembrar possa naturale quest' idea, non crediamo però che sia stata quella de' redattori.

In difetto di chiarimenti ne' lavori preparatori del Codice, che sono su tal punto affatto muti, trovasene la prova, secondo noi, nell' articolo seguente, il quale ci dice che gli stessi interessi posson produrre interessi o mercè una domanda o in forza di una special convenzione: ponendo la domanda ad una linea con la convenzione specialmente fatta per gl' interessi, la legge indica chiaro che intende parlar d' una domanda la quale risguardi questi medesimi interessi. Questa prova emerge eziandio dall' art. 1207, il qual ci dice che *la domanda d' interessi* formata contro uno de' debitori solidali li fa correre contro tutti. Ondechè della domanda degl' interessi certamente si tratta. E tal' è pure la dottrina degli autori (1).

533. Ad ogni modo, il principio secondo cui gl' interessi moratori non corrono che in virtù della domanda o della citazione per conciliazione seguita da questa domanda, riceve eccezione, come indicano le ultime parole del nostro articolo, in certi casi in cui la legge li fa correre sin dalla scadenza del termine (V. art. 1440, 1473, 1570, 1652, 1846 ecc.)

1154 [T.]. Gl' interessi scaduti dei capitali possono produrre interessi, o in forza di una dimanda fatta giudizialmente, o in vigore di una convenzione, se si tratti d'interessi dovuti almeno per un anno intiero.

SOMMARIO.

I. L' anatocismo, ossia l' interesse d' interessi, è sempre stato vietato, e lo è tuttavia per interessi futuri. Per gl' interessi scaduti, era egualmente proibito dopo Giustiniano; ma il nostro articolo lo permette, se trattasi d' interessi dovuti per una annata.

II. Giusta l' interpetrazione adottata sinora, il nostro articolo al contrario s'applicherebbe alla convenzione relativa ad interessi futuri, e quella per interessi scaduti resterebbe permessa assolutamente e senza condizione.

III. Confutazione di questo sistema.

IV. Ei non ci è nulla d'illegale nella stipulazione d'interessi al 5 o al 6 per 100 pagabili a semestre o a trimestre.

I. — 534. Il fare che gl' interessi producano altri interessi, che appellasi *anatocismo* (da *ana*, di nuovo, e *tocos* prodotto) non fu mai permesso assolutamente. L' antico dritto romano l' ammetteva, ma solo per gl' interessi *scaduti*, e senza che fosse possibile stipulare anticipatamente interessi *futuri* (D. l. 12, t. 6, 26, § 1). Il dritto di Giustiniano lo vietò al tutto, e sì per interessi scaduti come per interessi scadibili, *nullo modo licere usuras PRAETERITI TEMPORIS vel futuri* (C. L. 6. t. 34, 28). Il nostro antico dritto francese mantenne l'assoluta proibizione, e benchè il dritto intermedio (legge 11 apr. 1793) dichiarasse il danaro una merce e permettesse il mutuo ad interesse fin allora inibito, siccome punto non si spiegava intorno all' anatocismo, la giurisprudenza continuò a giudicarlo illegale (Rig. 8 frim. anno XII.) Il Codice è venuto a mutar questo stato di cose, ravvicinandosi al prisco dritto romano.

Il nostro articolo, al pari del dritto del Digesto, non permette di far produrre interesse fuorchè agl' interessi *scaduti*; ma esige, il che punto non faceva il dritto romano, che trattisi d' interessi dovuti almen per un anno. Sicchè, quando io v' ò prestati 40, 000 fr. al 5 per 100 posso, a capo d'un anno, sia facendo una convenzione con voi su questo punto, sia formando sull' obbietto una domanda giudiziaria, far correre gl' interessi de' 2, 000 fr. che mi dovete per l' annata di godimento de' 40, 000 fr., chè trattasi d' interessi 1.° *scaduti* e 2.° dovuti *per un' intera annata*. Ma, se giusta un uso pressochè universale (e che nulla à d' illegale, checchè ne abbian detto alcuni giureconsulti) i vostri interessi son pagabili per semestre, io non potrei, con domanda giudiziaria o con convenzione, far produrre interessi ai 1, 000 fr. che mi dovete per un godimento di sei mesi, chè, se, in tal caso gl' interessi sono *scaduti* non son più *dovuti per un'annata*: la prima condizione del nostro articolo esiste, ma la seconda non già. Reciprocamente io non potrei, al momento che vi presto i 40, 000 fr. stipular con anticipazione che alla fine di ciascun anno voi riterrete gl' interessi che si troveran dovuti per unirli al capitale, doverne gl' interessi l' anno seguente, e così capitalizzare d'anno in anno tutti gl' interessi dell' anno prece-

(1) Toull. VI, 272; Merlin, *Rep.* v. *Inter.* Duranton X. 503; Zachariae II.

dente. E di fatti ben tratterebbesi d' interessi d' un intero anno; ma non sarebbono interessi *scaduti* al momento della convenzione, quì si stipulerebbe sopra interessi *futuri temporis*, e la prima condizione del nostro articolo mancherebbe.

II. — 535. L'esattezza dell' interpetrazione che abbiam data al nostro articolo sembraci inoppugnabile a fronte del testo della legge e de' precedenti del Codice, eppure è contraria a quella che ànno adottata finora gli autori e che pare voglia anche adottare la giurisprudenza (1).

Ecco ciò che può dirsi pel sistema contrario, sistema che sembra a bella prima razionale anzichè no, ma che non regge punto all' esame.

« Tutte le volte che gl' interessi d' un capitale sono attualmente scaduti, formano realmente un capitale più piccolo, suscettivo, come ogni altro, di produrre interessi. Giacchè in fine quando voi mi dovete 1, 000 fr. per l' interesse di una somma da me prestatavi, io posso, ricevendo da voi questi 1, 000 fr., impiegarli tosto a interesse sia nelle vostre mani, sia del tale o del tal altro. Non ci à dunque mestieri d' un testo speciale per permettere di far produrre convenzionalmente degl' interessi agl' interessi scaduti: questa facoltà deriva naturalmente da' principi generali. Adunque il nostro articolo, nel permettere con una regola particolare questa convenzione d' interessi degli interessi, intende parlar d' interessi ancora da scadere al momento della convenzione, d' interessi che sol più tardi saran dovuti. L' articolo va dunque inteso così:

« Gl' interessi scaduti posson produrre interessi o mercè una domanda giudiziaria o mercè una convenzione speciale *fatta per innanzi*, purchè si tratti d' interessi dovuti almeno per un intero anno ».

Laonde in questo sistema, posto che si trattasse d' interessi attualmente scaduti, di una convenzione posteriore alla scadenza, quest' interessi, benchè dovuti per un godimento di men d' un anno, potrebbero produrre altri a lor volta per effetto della convenzione, sarebbe un caso che rimarrebbe sotto l' impero del dritto comune e di cui il nostro articolo punto non s' occuperebbe. Per gl'interessi da scadere e che fan l' obbietto d' una convenzione anteriore alla loro scadenza, era necessaria una regola particolare, e per siffatta convenzione anteriore sarebbe scritto il nostro articolo.

III. — 536. Per quanto questa spiegazione abbia a sembrar plausibile, certo è che è inesatta.

Innanzi tratto, egli è evidentemente arbitrario di far dire alla legge che trattisi di convenzioni anteriori alla scadenza, quando l' articolo non ne fa motto; e quest' affermazione gratuita e divinatoria trovasi già contraddetta dal testo del nostro articolo e del seguente, poichè questi pongono la convenzione sulla stessa linea con la *domanda giudiziaria*, il che indica bene che si tratta d' una convenzione fatta sopra interessi che potrebbonsi reclamare giudiziariamente, e pertanto sopra interessi fin da ora scaduti.

Lo storico del dritto su questa materia indica d' altronde abbastanza il pensiero del legislatore. Se il nostro antico dritto francese non avesse vietata la convenzione d'anatocismo per gl' interessi scaduti attualmente, se questa convenzione fosse stata considerata come andante da sè e da dover restare sotto l' impero del dritto comune, allora senza dubbio i redattori non avrebbero avuto l'idea di scriver un articolo per permetterla, e sarebbe stato naturale il dire che la facoltà che accordavano s' applicava alle convenzioni anteriori alla scadenza e fatte per gli interessi futuri. Ma, quando si sa che per *mille e trecento anni* la legislazione di Giustiniano e la nostra antica giurisprudenza e lo stesso dritto intermedio, aveano severamente proscritto l'anatocismo, tanto per gli interessi scaduti quanto per gl' interessi futuri, *nullo modo vel* PRAETERITI TEMPORIS *vel futuri*, è ben impossibile immaginarsi che i nostri redattori abbian riguardata questa convenzione *de usuris praeteriti temporis* come cosa che vada da sè, secondo che dice il Duranton; anzi è evidente che, per render possibile nell' avvenire una convenzione *da tredici secoli* proibita, si chiedeva una regola espressa, e che questa regola è quella del nostro articolo.

In quanto all' anatocismo per convenzione anteriore alle scadenze e per interessi futuri, non possiamo maravigliarci che il Codice non l' ammetta, dacchè, come s' è veduto, non è stato ammesso *in nessunissima epoca*; lo stesso antico dritto romano permetteva le *usuras usurarum*, ma non già *usurarum* FUTURARUM.

E questa regola si fa notare per la sua saviezza non meno che per l' antichità sua; mercecchè la convenzione anticipata e generale d' interessi futuri è il mezzo migliore che possa escogitarsi per mandar in rovina i debitori. Quando gl' interessi non posson

(1) Delv.; Toull. IV, 271; Duranton, X. 499 500; Zachariae; II, Paillet, Enc. v. *Anatocismo*; Rig. 11 dec. 44 (Dev. 45, 1, 97).

produrre novelli interessi che mediante domande giudiziarie o convenzioni reiterate d'anno in anno, come vuole il nostro articolo, il debitore si trova così avvertito della sua posizione ogni volta che questa si aggrava; ovechè, quando ei si liga per l'innanzi, per tutta la durata del prestito, con unica convenzione, si addormenta in una cieca fiducia e non iscorge il precipizio che allorchè è scavato sino al fondo... La specie giudicata coll'arresto del 1844 ce ne dà uno spiccato esempio, postochè un debito primitivo di 30,000 fr. alla scadenza trovavasi ammontato all'enorme cifra di 92,000 franchi! (a)

L'articolo seguente ben prova che il nostro è inteso unicamente parlare di convenzioni posteriori alla scadenza. Dice infatti che, per eccezione alla nostra regola, le somme di cui parla potranno produrre interessi sempre ed assolutamente dal dì della domanda o *della convenzione*. La legge dunque intende la nostra regola nel senso che l'interesse degl'interessi, secondo che questi saranno o non dovuti per un anno almeno, correrà o non correrà dal giorno della domanda o *della convenzione*. Ma tale essendo il pensiero del Codice, esso dunque non intende mica parlare d'una convenzione anteriore alla scadenza degl'interessi; chè, se si trattasse di una convenzione fatta previamente alla esigibilità, non dal giorno di questa convenzione potrebbero correre o non correre gl'interessi, ma dal giorno della scadenza. Se dunque il legislatore avesse avuto nel nostro articolo il pensiero che gli si suppone, non avrebbe formolata come à fatto l'eccezione dell'articolo seguente.

Il nostro articolo presenta un altro argomento che per sè solo basterebbe a confutar il sistema finora adottato. Noi abbiam già fatto rilevare che il testo pone la domanda giudiziaria sulla medesima linea della convenzione e le dà la stessa forza. Ciò doveva essere; imperocchè, quando il mio debitore ricusa e di pagarmi gl'interessi che mi deve e di consentire a far che producano interesse, è chiaro ch'io non posso esser vittima del suo mal talento, e ch'io debbo ottenere con la mia azione giudiziaria ciò che con una convenzione avrei ottenuto. Or la domanda giudiziaria, la quale, beninteso, è possibile soltanto per interessi attualmente scaduti, non può fare che producano interesse se non son dovuti per un anno: su questo punto il nostro articolo è formalo e non si presta in verun modo alla falsa interpetrazione datagli pel caso di convenzione. Ciò essendo adunque non potrà egualmente questa convenzione far produrre interesse ad interessi scaduti, se questi non sieno dovuti anche per un anno. Or, se la convenzione relativa ad interessi *scaduti* è nulla quando questi son dovuti per meno d'un anno, tanto più si dee riconoscer nulla quella che rifletta soltanto interessi *scadibili*!

Infine, ciò che prova perentoriamente il pensiero della legge è la discussione dopo la quale il Consiglio di Stato giunse all'adozione del nostro articolo. Difatti non fu mai discorso se non della produzione d'interessi da interessi già esigibili e liquidati al momento della convenzione. — Il Pelet domanda « se si potranno aggiungere al capitale originario *gl'interessi liquidati*, per far dol tutto un solo e medesimo capitale. » — Il Cambacérès non vuole che ciò si possa fare mediante una domanda giudiziaria, e non consente ad ammetterlo se non per mezzo d'una convenzione: Se dic'egli, mercè una *nuova* convenzione, aggiungendo al capitale primitivo gli interessi *scaduti*, il creditore stipulasse degl'interessi che divenissero il prezzo di questo *nuovo credito*, la convenzione dovrebbe aver effetto. » Il Maleville rammenta che il dritto anteriore non permetteva di riunire al capitale gl'interessi scaduti nè con una sentenza nè tampoco con una convenzione e domanda il mantenimento di cotal principio. — Il Regnault per converso domanda che «ogni *liquidazione* d'interessi fatta, sia d'accordo, sia giudizialmente, faccia produrre interesse alla totalità delle somme *di cui costituisce debitore*. » Dopo nuove obbiezioni, alle quali risponde Regnault, il Bigot fa osservare « che almeno sarebbe da provvedere onde l'interesse degl'interessi non potesse esigersi o convenirsi quando non si trattasse d'interessi dovuti almeno per un anno intero. » Dopo un'ultima obbiezione del Tronchet, Cambacérès, Lacuée e Treilhard adottano il sistema di Regnault e di Bigot; e sul rinvio alla sezione, questa formolò e fece adottare l'articolo che oggi leggiamo nel Codice. È dunque fuori controversia che il pensiero del nostro articolo, presentati infatti naturalmente da' suoi termini, è che « quando degl'interessi sono attualmente scaduti e liquidati, e son dovuti per un anno almeno, si può far loro

(a) Da queste considerazioni del N. A., alle quali pienamente aderiamo, si raccoglie che l'anatocismo sarebbe al tutto legittimo in dritto, e che, se fu sempre proscritto dalle antiche leggi e lo è tuttora dalla moderna, la ragione del divieto è onninamente attinta dall'equità e dalla morale. *Il Trad.*

produrre interesse o con una domanda giudiziaria o con una nuova convenzione. »

Cotalchè e il contesto del nostro articolo e l'intimo pensiero che lo informa e i precedenti del Codice per tredici secoli, e le spiegazioni precise de' redattori medesimi, tutto prova l'esattezza della nostra interpretazione. (1)

IV. — 537. Abbiam detto di sopra che la legge non vieta punto la stipulazione d'interessi al 5 o al 6 per 0/0 pagabili per semestre o per trimestre. Taluni giureconsulti àn sostenuto il contrario, facendo notare che il pagamento così apicciolato aumenta un poco l'interesse, facendo perdere al debitore per tutto il secondo semestre il godimento di ciò che à pagato alla fine del primo; sicchè allora l'interesse stipulato al 5 o al 6 trovasi d'alquanto superiore a questa ragione.

Ciò è verissimo; ma non deo conchiudersene che la stipulazione ecceda per questo i limiti legali. Il legislatore del 1807 sapeva perfettamente che l'uso generale era di dividere il pagamento degl'interessi per trimestri o per semestri; e così à sempre pagato anche lo Stato; onde la legge, permettendo l'interesse al 5 o al 6, à evidentemente inteso *5 o 6 pagabili sia per anno, sia per ogni tre o sei mesi.*

1155 [1108]. Ciò non di meno le rendite scadute, come i fitti, le pigioni e i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, producono interessi dal giorno della dimanda o della convenzione.

La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti ed interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore.

538. Le rendite periodiche di cui parla il primo comma di questo articolo non son più interessi di capitali, e pertanto non si trovano altrimenti sottomesse alla regola del precedente articolo sull'anatocismo. Onde i prodotti d'una rendita, sia perpetua, sia vitalizia, possono accumularsi senza far nascere pel debitore il pericolo di rovina che presenterebbe l'accumulazione degl'interessi aggiunti al capitale, dappoichè questo debitore non dovrà mai rimborsare la rendita, ove nol voglia. Era dunque naturale di non porre le annualità di rendite allo stesso livello degl'interessi d'un capitale esigibile. In quanto a' redditi di fondi rustici, case o altri beni locati, questi non son mica prodotti di somme di danaro, e tanto meno era loro applicabile la regola. Queste varie somme restan dunque sotto l'impero del dritto comune, e nulla impedisce di far che producano interesse, sia mercè una domanda, sia mercè una nuova convenzione tosto che son dovute (per tempo eziandio brevissimo) sia pure in forza d'una convenzione anteriore alla scadenza.

Quando il possessore d'un immobile rivendicato dal vero proprietario è condannato a restituirgliene i frutti, ossia una somma di danaro rappresentante il valore di questi frutti, egli è chiaro che cotal somma punto non costituisce l'interesse d'un capitale, e che potrà produrre degl'interessi. — Infine, quando un terzo à pagato per me al mio creditore una somma ch'io doveva a costui per interessi, questa somma, la quale costituisce de' semplici interessi fra me e il mio creditore, è evidentemente un capitale fra il terzo e me; e potrà produrre interesse a favor di questo terzo senza che accada considerare s'io la doveva per più o meno d'un anno.

539. *Poniamo qui l'indicazione de' numeri in cui trovansi gli articoli, de' quali abbiam dovuto invertir l'ordine in questo capitolo.*

	Numero.
1134-1135	463
1136	477
1137	505
1138 (1. *part.*)	480
1138 (2. *part.*)	508
1139	510
1140-1141	487
1142 a **1155**	511
1156 a **1164**	468
1165 a **1167**	491

CAPITOLO IV.

DELLE VARIE SPECIE D'OBBLIGAZIONI.

540. Questo capitolo (la cui rubrica è troppo vaga, dacchè non dice sotto qual rispetto e da qual punto di veduta vi son divise le obbligazioni), tratta soltanto delle diverse modalità che possono presentare le obbligazioni. Così, sebbene le obbligazioni (anche senza rammentare la loro divisione in convenzionali e non convenzionali) presentino delle specie distinte, secondo che sieno naturali o civili (art. 2093), di dare

(1) Nîmes 9 feb. 27; Poujol, n. 7.

o di fare, principali o accessorie, esclusivamente personali o trasmessibili agli aventi causa ecc., tuttavia qui non si tratta punto di queste idee; e i nostri redattori, pur riproducendo la rubrica ampia e comprensiva sotto cui il Pothier, sempre logico nel suo disegno, avea fatto rientrare tutte le divisioni delle obbligazioni (2a parte n° 173), non ripartiscono qui le obbligazioni in varie specie che sotto un punto di vista più ristretto. Ciò si scorge dalla rubrica delle sezioni le quali si occupano successivamente: 1° Delle obbligazioni condizionali; — 2° Delle obbligazioni a termine; — 3° Delle obbligazioni alternative; — 4° Delle obbligazioni solidali; — 5° Delle obbligazioni divisibili o delle indivisibili; — 6° E delle obbligazioni con clausola penale.

Aggiungeremo a questa nomenclatura, e spiegheremo alla fine della sezione IV, che tratta delle obbligazioni alternative, le obbligazioni *facoltative*, che presentano una certa somiglianza con le prime, ma che pure conviene guardarsi dal confondere con quelle, e parleremo delle obbligazioni naturali sotto l'articolo 1235.

SEZIONE I.

Delle obbligazioni condizionali.

540 *bis*. L'obbligazione *condizionale*, quella che dipende da una condizione, à per correlativo l'obbligazione *pura e semplice*. Ma quest'ultima qualificazione presenta, secondo le circostanze, due sensi diversi: se significa, in un'accezion lata, qualunque obbligazione non condizionale, anche quella che fosse sottomessa a un termine, spesso pure indica soltanto quella che non à ricevuto nè termine nè condizione. Di qui segue che l'obbligazione a termine, la qual sovente vien contrapposta a quella pura e semplice, chiamasi anch'essa pura e semplice per rispetto all'obbligazione condizionale.

§ 1° — *Della condizione in genere e delle sue varie specie.*

541. In questo paragrafo la legge c'indicherà successivamente:

1° La natura e le varie specie della condizione (art. 1168 a 1174);

2° Le regole sull'adempimento della condizione (art. 1175 a 1178);

3° Gli effetti della condizione, prima e dopo dell'adempimento (1179 e 1180).

1° Che sia la condizione e di quante specie.

1168 [1121]. L'obbligazione è condizionale quando si fa dipendere da un avvenimento futuro ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l'avvenimento accada, o risolvendola in caso che l'evento succeda o non succeda.

SOMMARIO.

I. Cosa sia la condizione. — È sempre sospensiva. La condizione che appellasi risolutiva è quella che sospende la risoluzione del dritto anzichè sospendere esso il dritto.
II. Osservazioni.

I. — 542. Appellasi condizione un avvenimento futuro e incerto, dal quale dipende l'esistenza d'un dritto (V. la spiegazione dell'art. 1181).

Il nostro articolo ci presenta questo avvenimento futuro e incerto, come quello che può costituire due specie di condizioni, secondo che sia considerato come sospensivo d'un dritto che fin allora non esista, o come suscettivo di rescindere un dritto già esistente. Nel primo caso, quando io ò detto esempligrazia: « vi vendo la mia casa per 25,000 fr. se la tal nave ritorni dalle Indie, » si dice esservi *condizione sospensiva*, condizione di cui s'occuperà specialmente il § 2 (art. 1181 e 1183). Nel secondo caso, quando ò detto: « vi vendo la mia casa per 25,000 fr., ma la vendita sarà come non avvenuta, se la tal nave ritorni dalle Indie » si dice esservi una *condizione risolutiva*, e questa fa l'obbietto del § 3 (art. 1181 a 1184).

Questa divisione della condizione in sospensiva e risolutiva non à in sostanza nulla di reale; è una cosa di convenzione, una maniera di parlare, che giova seguire, essendo oggidì generale, ma che non è punto esatta; che non ci à e non può esservi che una sola condizione, la condizione sospensiva. — Che è difatti una cosa condizionale? e quella che forse esiste e forse no, la cui esistenza è attualmente dubbia e incerta; è sospesa. Quando dico: « vi vendo, se.... » voi sarete proprietario, se... » io son vostro creditore se » non si può dire per ora che la vendita, la proprietà o il credito esistano; l'esistenza della cosa è incerta, è veramente affetta d'una condizione, e questa condizione è sospensiva. All'incontro, il dritto che esiste fin d'ora e che solo può risolversi non è e non può essere condizionale; chè precisamente, per potersi risolvere, fa d'uopo esista attualmente, e poichè à un'esistenza attuale e conosciuta, non è dunque altrimenti affetto dalla condizione. Ben è vero che in queste formole: » vi vendo, ma la vendita sarà risoluta se, voi siete proprie-

tario svanirà, se...; io son vostro creditore, ma il mio credito sarà come non avvenuto, se... » è verissimo che vi à una condizione, ma questa condizione, in luogo di cader sul dritto, cade *sulla risoluzione* di questo dritto, talchè il dritto è puro e semplice, e la sua risoluzione è condizionale. E notiam bene che la condizione ond'è qui affetta la risoluzione del dritto puro e semplice è sempre sospensiva, come la condizione che di sopra affettava esso il diritto. Tutto ciò si tocca con mano e si dimostra, per dir così, materialmente, col semplice aspetto della formola; chè la formola contien qui due proposizioni, di cui solo la seconda, quella che stabilisce la risoluzione, presenta il *se* indicativo della condizione, laddove la prima, quella che stabilisce il dritto, ne va esente: 1° «voi siete proprietario » è una proposizione pura e semplice che poggia su un dritto puro e semplice; 2° «la vostra proprietà si risolverà, se...» ecco la risoluzione condizionale che affetta il dritto puro e semplice.

Adunque non v'è, non può esservi che una specie di condizione, la sospensiva che sospende e rende incerta l'esistenza di ciò a cui la si applica; soltanto questa condizione può applicarsi o ad esso il dritto, o semplicemente alla risoluzione di questo dritto. Sicchè, e in quanto concerne la nostra materia delle obbligazioni, l'obbligazione veramente condizionale, veramente sottomessa ad una condizione, è quella che è sotto condizione sospensiva; in quanto a quella che si dice essere sotto condizione risolutiva, la è un'obbligazione pura e semplice sottomessa ad una risoluzione condizionale. Tanto aveano perfettamente espresso i giureconsulti romani: *obligatio pura, quae sub conditione resolvitur*; e Pothier, senza far notare l'inesattezza delle parole *condizione risolutiva*, aveva almen cura di dire che l'obbligazione contratta sotto una condizione risolutiva è perfetta sin dall'istante del contratto, il creditore può sperimentarne incontanente il pagamento (n° 224), ed avea cura eziandio di non chiamare *obbligazioni condizionali* se non quelle che sono sotto una condizione sospensiva, non designando le altre che col nome di *obbligazioni risolubili* (confrontate la rubrica del suo art. 1. con quella del suo art. 2.).

II — 543. Del resto, se importa penetrarsi di queste idee, poco monta esprimerle in uno o in un altro modo; e niun inconveniente àvvi a parlare, come si suole, di condizione risolutiva. Si comprende anzi, che era naturale anzichè no di così esprimersi. Infatti, avendo ogni condizione un effetto retroattivo (art. 1179) o la risoluzione condizionale, quando à luogo, facendo sì che l'obbligazione non sia mai esistita, è manifesto che la condizione, la quale riflette la risoluzione del dritto, riflette eziandio, medistamente, ma necessariamente, il dritto stesso. Accettiam dunque, senza disapprovarlo, il linguaggio ricevuto; ma non ci esca di mente, che l'obbligazione sotto condizione sospensiva è quella, la cui esistenza dipende direttamente dalla condizione, ovechè l'obbligazione sotto condizion risolutiva è quella la cui esistenza è fin d'ora stabilita e solo può risolversi condizionalmente.

Egli è evidente ad ogni modo, benchè nol dica il nostro articolo, che il non seguire l'avvenimento, come il seguire, può prendersi per obbietto della condizione sì nella condizione sospensiva e sì nella risolutiva; se io posso sottomettere la risoluzione d'una vendita alla condizione che la tal nave ritorni dalle Indie o a quella che punto non ritorni (come dice la fine dell'articolo), posso altresì sottomettere la vendita stessa all'una come all'altra di queste condizioni, tuttochè della sola prima parli il corpo dell'articolo. Val dire che la condizione può esser *positiva* o *negativa*, tanto allorchè cade sovresso il dritto, quanto allorchè cade sulla risoluzione di questo dritto.

544. Un'ultima osservazione, che è importante di fare, si è che, quando trattasi d'un trasferimento di dritti reali, la condizione da cui si fa dipendere l'esistenza del dritto per l'una delle parti implica sempre, per la natura delle cose, la condizione contraria per l'altra parte; talchè, se l'acquirente del dritto l'ottiene sotto condizione sospensiva, l'alienatore lo conserva sotto condizione risolutiva, e viceversa. Così, quando dico: «vi vendo la mia casa per 25,000 fr., se la tal nave ritornerà, » voi non avete immedistamente il dritto di proprietà, ne avete soltanto il germe, siete proprietario sotto la condizione sospensiva del ritorno della nave; e pertanto io, che rimango proprietario attuale, noi sono più che sotto la condizione risolutiva dello stesso avvenimento.

È chiaro infatti che il ritorno della nave, facendo nascere retroattivamente la vostra proprietà, risolverà retroattivamente la mia. Che se io ò detto: « vi vendo la mia casa, ma la vendita sarà risoluta se la nave ritornerà»; voi siete proprietario immediatamente, ma sotto la condizione risolutiva del ritorno della nave; e quindi io cesso d'essere proprietario e posso soltanto ridivenirlo, mi trovo proprietario sotto condizione sospensiva. E di fermo, il ritorno

della nave venendo a risolvere la vostra proprietà, ristabilirebbe la mia. — Adunque tutte le volte che si tratti del trasferimento d'un dritto da una persona ad una altra, la condizione da cui dipende questo dritto per la seconda persona fa sempre dipendere questo medesimo dritto per la prima persona dalla condizione opposta.

1169. [1122]. La condizione *casuale* è quella che dipende dall'azzardo, e che non è in potere del creditore, nè del debitore.

1170. (1123). La condizione *potestativa* è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà dell'una o dell'altra parte contraente di fare succedere o d'impedire.

1171. (1124). La condizione *mista* è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti, e dalla volontà di un terzo.

545. Dopo di averci presentato implicitamente nell'art. 1168 la divisione delle condizioni 1° in sospensive e risolutive, 2° in positive e negative, il Codice ne' nostri tre articoli le divide espressamente in *casuali, potestative* e *miste*, il che offre in verità poco interesse.

Nel sistema del Codice, la condizione è casuale, 1° ogni qual volta l'avvenimento non dipende punto dalla volontà d'una delle parti, sia che dipenda o dal caso interamente (p. es. se l'annata sarà favorevole alle raccolte), o interamente dalla volontà d'un terzo (se la tal persona consentirà un dritto di passaggio sul suo terreno), o insiememente dalla volontà d'un terzo e dal caso (se il tal giovane si farà ricever medico); 2° sempreché dipendendo parzialmente dalla volontà d'una delle parti dipenda eziandio dal caso, tanto che quella volontà non sia onninamente arbitra di farli o no avverare (se avrò figli). Che se la condizione dipendesse dal concorso della volontà di una parte e della volontà d'un terzo, sarebbe mista (art. 1171). — La condizione è potestativa ogni qual volta, giusta il corso ordinario delle cose, sia in potere d'una delle parti di far avverare o fallire l'avvenimento, pur quando questo presentasse d'altronde alcun che d'accidentale (se abbatterò il mio muro, se farò edificare una casa). — È mista, da ultimo, come già si è detto, quando dipenda dalla volontà d'una parte e da quella d'un terzo.

546. Del resto, questa classificazione che i redattori àn copiata o inesattissimamente nel Pothier (n.° 201), non presenta qui utilità di sorta; anzi vedremo che la cattiva redazione dell'art. 1171 la rende pericolosa. Meglio sarebbe stato sopprimere tutti e tre questi articoli.

1172. [1125]. Qualunque condizione di una cosa impossibile o contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge, è nulla, o rende nulla la convenzione da essa dipendente.

SOMMARIO.

I. Generalità troppa di questa regola copiata con poca intelligenza in Pothier. Restrizioni che dee ricevere circa alla condizione sospensiva.
II. E alla risolutiva.

I. — 547. Sotto l'art. 900 si è veduto che, per un andazzo da non potersi giustificare, i nostri legislatori ànno adottata pei testamenti, ed estesa eziandio alle donazioni fra vivi, una regola affatto contraria a quella del nostro articolo, e che consiste in sopprimere la condizione impossibile o illecita, per render pura e semplice la disposizione.

Del resto, copiando la disposizione del nostro art. 1172 nel comma 1.° del n. 204 di Pothier, i nostri redattori ebbero il torto di non sottometterla alle distinzioni che il Pothier faceva tra le condizioni positive e le negative, le sospensive e le risolutive; e la loro regola divien falsa per la sua generalità. Di fermo, ei non è vero che *ogni condizione* (sia positiva, sia negativa, sia sospensiva, sia risolutiva), il cui obbietto sia una cosa impossibile, immorale o illecita, renda nulla la convenzione alla quale sta apposta.

Quando io dico, per esempio: « la mia casa è vostra per 20, 000 fr. se io non arresterò il sole, » è ben chiaro che, se la condizione è di necessità nulla, la convenzione all'opposto, anzichè nulla, è pura e semplice, perfetta ed irrevocabile fin da ora. Ciò spiegava benissimo il Pothier (com. 4) e i redattori compresero tanto questa verità, che aggiunsero al nostro articolo il 1173 per restringere la regola troppo assoluta del primo, e dire che, quando la condizione d'una cosa impossibile fosse di non fare, non sarebbe punto nulla l'obbligazione.

548. Ma questa restrizione arrecata al nostro dal seguente articolo, pel caso soltanto d'una cosa impossibile, non basta altrimenti. Infatti, pur quando la condizione negativa, quella di non far la cosa, avesse ad obbietto una cosa contraria alle leggi o

al buon costume, una cosa illecita, non sempre ci avrebbe nullità, e spesso sarebbe consono alle regole del dritto e della sana morale di mantenere e riconoscer valido e la condizione e la convenzione che ne dipende. La ragione ci presenta quì una distinzione non isfuggita al Pothier. Quando, per afforzar la vostra volontà e aiutarvi a vincer la passione che vi trascina verso la tal donna, maritata a un altro, noi siam convenuti ch' io vi cederò pel tal prezzo la casina che da gran' tempo bramate d' acquistare, ma sotto quest' espressa condizione: « se cesserete di frequentar quella donna,» è chiaro che noi abbiam fatto cosa onorevolissima, e che la religione come la legge domandano il mantenimento d' un simil contratto. Se per converso trattasi d' un ribaldo, che à voluto farsi pagar da me la sua astensione da un atto reo, egli è evidente che nulla à di obbligatorio la mia promessa. Questa dottrina professava il Pothier, i cui principî manifestamente ànno inteso riprodurre i compilatori co' brani tronchi che ànno estratti dal suo n.º 204. Egli cominciava dal dire, che la condizione d'una cosa impossibile o illecita non rende l' atto assolutamente nullo che quando è condizione *positiva*, quando consiste *in faciendo* (com. 2). Rispetto a quella *negativa* che consiste *in non faciendo*, dice che non rende mai nulla l' obbligazione, se è d' una cosa impossibile (ed è quel che ripete l'art. 1173), ma che se è d' una cosa contraria al buon costume o alle leggi, *può*, *secondo i casi*, render nullo l' atto, altesochè sarebbe contrario alla giustizia di stipular una somma per astenersi a prezzo di danaro da cosa, onde si è tenuto astenersi per dovere (com. 4).

II. — 549. La regola del nostro articolo trovasi ancora falsa per soverchia generalità, e i nostri redattori, nel copiarla in Pothier, si discostarono di nuovo, senza volerlo nè avvedersene, dalla mente di lui in quanto spetta la condizione risolutiva.

Il Pothier infatti nel suo n. 204 non intendeva parlare che delle condizioni sospensive. Ciò è patente, postochè non s' occupa che di esse in tutto il suo art. 1º (n. 128 a 223) e non giunge alle condizioni risolutive che nel suo art. 2º (n. 224 e s.)

Il nostro articolo all' incontro venendo dopo il 1168, trovasi abbracciare eziandio le condizioni risolutive, alle quali tuttavia non è egualmente applicabile.

Sicchè, appunto per esser nulla la convenzione quando io ò detto: « vi vendo la mia casa, se arresterete il sole » appunto perciò è valida e trovasi pura e semplice e irrevocabile; quando ò detto: « vi vendo la mia casa, ma la vendita sarà risoluta, s' io arresterò il sole, » l' impossibilità della cosa preveduta e la certezza che mai non accaderà rendono, quì impossibile lo scioglimento dell' obbligazione, come nel primo caso ne rendono impossibile l' effettuazione.

550. Si comprende che, per la natura stessa delle cose, la regola sarà per la condizione risolutiva precisamente l' opposto di ciò che è per la condizione sospensiva: val dire che bisognerà applicare in un caso alla condizione di fare quel che si dice nell' altro dell' obbligazione di non fare, e viceversa. — Così, nel caso di sospensione dell' obbligazione è la condizione *di fare* la cosa, che implica sempre la nullità, o si tratti di cosa impossibile o d' illecita, poco monta; e in quanto alla condizione *di non fare*, essa lascia l' atto valido per una cosa impossibile; ed ora nullo, or valido per una illecita. Per l' opposto, nel caso di risoluzione condizionale, la condizione *di non fare* porterà sempre la nullità dell' atto, sia per una cosa impossibile, sia per una illecita; ovechè la condizione *di fare* lascerà valida la condizione per una cosa impossibile, nulla o valida secondo i casi per una cosa illecita.

1173. [1126]. La condizione di non fare una cosa impossibile, non rende nulla l' obbligazione contratta sotto la detta condizione.

N. B. *Questo articolo trovasi spiegato con ciò che si è detto sotto il precedente.*

1174. [1127]. Qualunque obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato.

551. Questo articolo debbe intendersi con discernimento; chè la condizione potestativa onde si occupa non è mica, come potrebbe credersi, quella di cui parla l' articolo 1170.

L' art. 1170 chiama potestativa ogni condizione nella quale è in potestà della persona di far avverare o fallire l' avvenimento preveduto. Così, quando io assumo l' obbligo di pagarvi 2,000 fr. se fo sul mio terreno delle piantagioni o costruzioni che impediscano le vostre vedute, o se non abbatto i tali alberi che mascherano la vostra casa, o se vengo ad aprire nella medesima strada ove siete voi uno stabilimento che faccia concorrenza al vostro, son queste, nel senso dell' art. 1170, delle ob-

bligazioni sotto *condizione potestativa*; e conseguentemente sarebbero nulle, se queste parole avessero lo stesso senso nel nostro articolo. Or ci non è dubbio per chicchessia che simiglianti obbligazioni son perfettamente valide. Sennonchè accanto alle condizioni che son potestative nel senso che àn per obbietto un fatto dipendente dalla volontà, altre ce ne à le quali lo sono nel senso che àn per obbietto la volontà direttamente: « Vi pagherò 2, 000 fr. se lo crederò opportuno, se mi converrà. » Le prime consistono *in FACTO a voluntate pendente*; le altre consistono *in ipsa et mera VOLUNTATE*. Ei si è sempre inteso che queste ultime, le quali per distinguerle venivano appellate condizioni *PURAMENTE potestative*, impedivano che l'obbligazione si formasse; perocchè infatti è ben evidente non esservi legame veruno nella promessa che riesce a dire: « sarò legato se vorrò esserlo, *si voluero*. »

Ma a questa prima distinzione delle condizioni *potestative* e delle condizioni *puramente potestative*, vuolsi aggiungerne una seconda e suddividere le prime in due classi secondo la natura e le circostanze del fatto preso per obbietto della condizione. Si comprende di fermo che l'effettuare il fatto o l'astenersene potranno alcuna volta esser talmente facili e insignificanti, che si dovrà ancora trattar la condizione come se esistesse *in ipsa et mera voluntate*: « Vi darò la tal cosa, se beverò o se non beverò questa bottiglia di vino, se farò o se non farò la tal passeggiata, » ecc. In simil caso; benchè la condizione consista *in facto*, eppero non sia più di quelle che si son sempre chiamate puramente potestative, è aperto ch'io non son peranco realmente ligato. Ondechè il nostro articolo nel cui progetto i redattori non avean parlato che della condizione puramente potestativa, perdè sulle osservazioni del Tribunato la parola *puramente*.

552. In diffinitiva adunque, per conformarsi al linguaggio del Codice, convien distinguere tre classi di condizioni potestative, delle quali le due prime, ma non l'ultima, portano la nullità di che fa parola il nostro articolo. Ciò sono: 1. quelle, il cui obbietto consiste *in ipsa voluntate* e che significano ricisamente *si voluero*; 2. quelle che consistono bensì *in facto*, ma nelle quali l'effettuare il fatto o l'astenersene dipende talmente dall'arbitrio del debitore che escludono l'esistenza d'un legame ed equivalgono al *si voluero*; 3° infine quelle nelle quali le circostanze son tali che il debitore non possa far adempiere o venir meno il fatto, se non imponendosi un pregiudizio, il quale forma pel creditore una garenzia avverso il capriccio di esso debitore, ovvero procacciando a questo creditore un vantaggio che gli offra una compensazione all'inadempimento della promessa. Queste ultime soltanto sfuggono alla disposizione del nostro articolo (1).

2.° Dell'adempimento delle condizioni.

1175. [1128]. Qualunque condizione deve essere adempita nella maniera che le parti hanno verosimilmente voluto ed inteso che lo fosse.

553. Questo articolo, come i precedenti tolto di peso dal Pothier (n° 206), tronca l'antica controversia sul punto di sapere se la condizione debba necessariamente esser adempita nei termini stessi in cui è concepita, *in forma specifica*, o se basti che il sia *per aequipollens*. Il Codice, col Pothier e con la ragione, dice esser una quistione d'intenzione la quale dovrà, come ogni punto di fatto, decidersi a norma delle circostanze. Così, quand'io ò contratta verso di voi un'obbligazione qualunque sotto questa condizione « se mi procurerete di qui a un mese 25 luigi, » dovrà vedere il giudice se soltanto siasi inteso parlare di una somma di 500 fr., in oro o in argento poco monta, ovvero, se si sia realmente voluto dire 25 monete d'oro da 20 fr. l'una.

1176. [1129]. Quando un'obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento succederà in un tempo determinato, una tale condizione si ritiene mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto l'evento. Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre essere adempita; e non si ritiene mancata che quando siasi reso certo che l'evento non accaderà.

554. Quando voi m'avete promesso 1,000 fr. *se la tal nave ritornerà quest'anno*, è ben chiaro che la condizione è fallita e l'obbligazione svanisce, se l'anno spiri innanzi il ritorno della nave. Qualora però m'abbiate promesso i 1,000 fr. *se la tal nave ritornerà*, senz'apporre alcun termine alla condizione

1) Circa all'obbligazione contratta, non sotto la condizione *si voluero*, ma col termine *cum voluero*, ne parleremo sotto l'art. 1185.

sta sempre in sospeso dopo uno, due, tre anni, e finchè non s'abbia la certezza che la nave puoto non ritornerà. Simiglianti proposizioni certo non avean d'uopo d'essere scritte nella legge.

Del resto, i redattori, scrivendo la seconda frase del nostro articolo, àn fermata una regola troppo assoluta e che può divenir falsa per la generalità sua. Così quand' io mi sono obbligato a pagarvi 500 fr., se farete abbattere il tal albero che m' impedisce la veduta, è manifesto ch'io non ò mica inteso restare eternamente, io e miei successori, a discrezion vostra, e che la condizione, la qnale dee sempre eseguirsi come le parti l' àn verosimilmente compresa (art. 1175) sì pel tempo e sì sotto ogni altro riapetto, debb' essere adempita da voi entro un termine ragionevole, elasso il quale la mia obbligazione svanirà. Io potrò dunque, in caso di difficoltà, far fissaro dal giudice un termine dopo il qualo la condizione sarà mancata.

1177. [1130]. **Quando un' obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento non succederà in un dato tempo, questa condizione resta verificata allorchè questo tempo è spirato, senza che sia successo l'avvenimento; essa è verificata egualmente, se prima del termine sia certo che non sarà per succedere lo avvenimento; e se non vi è tempo determinato, essa non è verificata che quando sia certo che l'avvenimento non sarà più per succedere.**

555. Allorchè m' avete promesso 1,000 fr. se la tal nave non ritornerà in quest'anno, e l' anno spira innanzi il ritorno della nave, è manifesto che la condizione è adempiuta e che la vostra obbligazione, divenuta pura e semplice, può esigersi immediatamente. È chiaro che la stessa cosa è a dirsi, ove prima di spirar l' anno diventi certo che la nave punto non ritornerà, se per esempio si sappia che à naufragato.

Altrimenti sarebbe, val dire che l' esecuzione non potrebbe esigersi immediate, se il termine fosso stato apposto proprio all' obbligazione:«Vi pagherò 1,000 fr. tra un anno, se la tal nave non ritorni prima di quest' epoca.»In simil caso l' obbligazione è ad un tempo condizionale e a termine; e, benchè quest' obbligazione, dopo due o tre mesi, cessi d' esser condizionale e divenga pura e semplice per la certezza acquistata che la nave non può più ritornare, rimane tuttavia obbligazione a termine; e il creditore debbe evidentemente attendere che spiri l' anno per poterne esigere l' esecuzione.

556. Sennonchè vuolsi qui fare un' osservazione analoga a quella che abbiam presentata sotto l' articolo precedente, se la condizione negativa per la quale non si è fissato termine, è potestativa pel debitore e consiste in un fatto che interessa il creditore; se per esempio voi vi siete obbligato a darmi 400 fr. ove non facciate abbattere sul vostro terreno l' albero che nuoco alla mia raccolta, io posso far fissare un termine dopo il qualo voi dovrete pagarmi la somma, chè la condizione (qual noi l'abbiamo intesa) trovasi adempiuta. È vero che una delle due scuole di giureconsulti romani era di contrario avviso; ma la sua opinione, già rigettata dal Pothier (n. 211) come opposta all' indole del nostro dritto francese, non può esser dubbia oggidì, posto l' articolo 1175.

1178. [1131]. **La condizione si ritiene per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento.**

557. Questa regola, appieno consentanea alla ragione e alla giustizia, è stata attinta dal n. 212 del Pothier, il quale anch'esso la copiava dal dritto romano. Ma, beninteso, è mestieri, come faceva osservare il Pothier, e come indicava il testo romano, che il debitore abbia procurato l' impedimento a disegno, o almeno abbialo direttamente cagionato con la sua colpa; non basterebbe che ne fosse stato soltanto l' involontaria occasione: *Quicumque sub conditione obligatus* CURAVERIT *ne conditio existeret, nihilominus obligatur* (l. 115, § 2, D. *de V. O.*).

A quella guisa che la condizione tiensi per adempiuta, comechè punto nol sia, quando il debitore ne à impedito l' adempimento, si dovrà egli reciprocamente ammetter lo stesso risultato, quando il creditore à fatto ciò che da lui dipendeva per l' adempimento della condizione potestativa per lui, o almeno quando non è dipeso da lui il non essere adempita? Così, io prometto 1,000 fr. a mio fratello, se darà la libertà al suo negro Giacomo tra sei mesi, e questo negro muore quindici dì dopo fatta la promessa: avrà dritto mio fratello a'1,000 franchi? Il dritto romano, e dopo esso il Pothier (n. 213), decidevano che la condizione si reputerebbe adempiuta nel legato (esempligrazia se io avesse *legati* i 1,000 fr. a mio fratello); ma che non sarebbe così negli atti fra vivi. Noi crediamo che

oggi, nel silenzio del Codice, sarebbe questa, o pe' legati o per le obbligazioni, una quistione d' intenzione e di valutazione delle circostanze. S' egli è riconosciuto che il testatore o il promettente avesse inteso attribuire la somma pel solo buon volere del padrone, basterà stabilire che questi era disposto ad affrancare lo schiavo, perchè la somma sia dovuta; ma se si vegga che, nell' intenzione della persona, i 1, 000 fr. non doveano pagarsi che per l' affrancamento effettuato e come indennità della perdita che il padrono farebbe del suo schiavo, è aperto che la condizione è fallita tosto che l' affrancamento divieno impossibile.

3. Dell' effetto delle condizioni.

1179. [1132]. La condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.

558. L' obbligazione condizionale, e in generale ogni dritto condizionale, di qualunque natura si sia, non è già un dritto che *esisterà* o *non esisterà* (nel futuro) secondo che il tale avvenimento avrà o non avrà luogo; è un dritto che, sotto la condizione preveduta, *esiste* o *no* fin da ora: il dritto non à e non avrà mai esistenza di sorta, se la condizione non si adempia; à per contra la sua esistenza attuale, se più tardi si adempia la condizione; la formola dell' obbligazione condizionale non è altrimenti: « Io vi *dovrò* se . . ; » ma « Io vi *debbo* se . . . » L' obbligazione che rientrasse nella formola « Vi *dovrò* se . . . , » sarebbe al tutto condizionale e a termine. L' adempimento della condizione dunque à necessariamente un effetto che retroagisce al momento del contratto. E, siccome gli effetti delle nostre convenzioni son trasmessibili ai nostri eredi, rappresentanti o aventi causa, tranne che per eccezione risulti il contrario dalla particolar natura del contratto o da un' espressa dichiarazione (art. 1122), ne segue che la condizione produrrà lo stesso effetto, o si adempia vivente il creditore o dopo la costui morte.

Si sa che la cosa è diversa pe' legati, o che la disposizione vi sarebbe caduca, se il legatario morisse innanzi l' adempimento della condizione (art. 1040). Non già che la condizione non abbia un effetto retroattivo nei legati come in ogni altro caso; ma il legato, essendo creato per la persona del legatario, dee in questa persona attuarsi e non può passare agli eredi di esso, che quando si è formato per lui.

559. L' adempimento della condizione retroagendo all' istante medesimo del contratto, e facendo sì che l' obbligazione si trovi essere stata pura e semplice, ne risulta che tutt' i dritti reali che il debitore avesse potuto conferire *pendente conditione* sull' immobile che avea promesso di dare svaniscono. Ne risulta ezisndio, e non mono evidentemente, che i frutti da lui percepiti sull' immobile entro quel periodo di tempo appartengono al creditore, almeno per principio. Eppure il Toullier (VI-541) e il Duranton (XI-82) insegnano il contrario in quanto a' frutti; ma a noi sembra impossibile giustificare la loro dottrina, la quale è nulla meno che la negazione dell' effetto retroattivo consacrato dal nostro articolo.

Il Toullier dice che il debitore fa suoi i frutti come possessore di buona fede: egli è un errore, postochè *egli sa* benissimo che, avendo alienato l' immobile sotto una condizione sospensiva, non ne è più proprietario che sotto condizione risolutiva.

In quanto al Duranton, egli dice che la vendita non è perfetta e non acquista la sua efficacia se non mercè l' avveramento della condizione e a far tempo da questo avveramento; ma egli è un obbliare la natura della condizione e disconoscerne l' effetto retroattivo, il quale fa precisamente risalire al giorno stesso del contratto tutta la forza di questo.

Il Duranton invoca a sostegno della sua opinione una legge romana, sul cui senso travede, e la quale non prova proprio nulla contro di noi. Trattasi d' una frase della l. 8 D., l. 18, t. 6. Secondo il Duranton, quella frase significherebbe che, malgrado l' adempimento della condizione, i frutti scaduti prima dell' adempimento appartengano al venditore, pur quando il compratore fosse già stato in possesso. Ma è un errore; chè quella frase non parla onninamente degli effetti della condizione adempiuta; sì soltanto di ciò che à luogo *sinchè la condizione è pendente*. Eccola: *quod si*, PENDENTE CONDITIONE, *res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt.* Ciò che rende certo non trattarsi punto della condizione adempiuta si è che si permette al compratore di ripetere ciò che avesse pagato del suo prezzo! Epperò Cuiacio e Pothier son concordi su questo senso evidente del testo romano, che il Duranton à mal compreso; e noi vedremo più innanzi il dotto professore mettersi egli stesso in opposizione con la dottrina che quì presenta (articolo 1182 in fine).

Vuolsi adunque riconoscere che, per principio, l' adempimento della condizione attri

buirà retroattivamente i frutti al compratore, e pertanto gl' interessi del prezzo al venditore. Ma è chiaro che altrimenti s' avrebbe a decidere, se risultasse dalle circostanze che la comune intenzione delle parti sia stata diversa. (V. anche l' art. 1514, n. II.).

1180. [1433]. **Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione; esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti.**

560. Finchè la condizione non è adempiuta, è ben vero, che a rigore, non vi à ancora credito nè creditore, o almeno non si sa se ve n' abbia: colui che à stipulato sotto condizione è forse creditore, e forse non lo è punto. Ma, se questo stipulante non à peranco un credito certo, à almeno una speranza che essa stessa è un certo dritto, e che l' altra parte non può più torglielo; ciò basta perchè gli sia permesso di prender tutti gli espedienti intesi alla conservazione di questo dritto, alla garenzia dell' eventuale suo credito.

§ 2.

Della condizione sospensiva.

1181. [1134]. **L'obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva è quella la quale dipende o da un avvenimento futuro ed incerto, o da un avvenimento succeduto attualmente, ma non per anco noto alle parti.**

Nel primo caso, non può eseguirsi la obbligazione che dopo l'avvenimento.

Nel secondo caso, l' obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stato contratta.

561. Questo articolo è onninamente inutile, attesochè ci si è già detto cosa sia l' obbligazione sotto condizione sospensiva (art. 1168); e d'altronde è inesatto, indicando due casi di condizione sospensiva, laddove un solo ce ne à. L' obbligazione sotto condizione sospensiva è quella che deve esistere o non esistere secondo che un avvenimento futuro e incerto avrà o non avrà luogo: « Io farò o darò la tal cosa, se la tal nave ritornerà all' Havre. In quanto all' obbligazione che le parti fan dipendere da un fatto ad esse ancora ignoto, ma che è attualmente passato o presente, essa non è mica condizionale: quando io prometto di dare o di fare alcuna cosa, se la tal nave sia attualmente giunta all' Havre, o se la regina d' Inghilterra sia ancora vivente, l' obbligazione presenta bensì la formola d' un' obbligazione condizionale, ma è palpabile che è sin d' ora pura e semplice (se il fatto preveduto esiste) o che mai non esisterà (nel caso contrario). Ciò spiegava benissimo il Pothier (n° 202) e ciò dicea pur chiaramente la legge romana. Epperò l' ultimo comma del nostro articolo confuta esso stesso la proposizione del primo, dicendo che, nel secondo caso, l' obbligazione à effetto immediatamente. — Del resto, se l' obbligazione in tal caso non è condizionale, è forzosamente a termine, dacchè non si potrà eseguire se non dopo aver preso dei ragguagli intorno alla esistenza o all' inesistenza del fatto preveduto.

E poco esatto è parimenti il secondo comma del nostro articolo, quando dà come carattere dell' obbligazione veramente condizionale questa circostanza, che la non potrà *eseguirsi* se non dopo l' avvenimento. Questo carattere è quello dell' obbligazione a termine, la quale esiste fin d' ora, ma non può eseguirsi che dopo il momento convenuto: per l' obbligazione condizionale bisognava dire che la *non esiste* se non seguirà l' avvenimento.

1182. [1135]. **Quando è stata contratta l'obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarla, se non nel caso dell' evenienza della condizione.**

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione è estinta.

Se la cosa si è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione del prezzo.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, unitamente ai danni ed interessi.

562. La legge qui suppone che l' obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva sia di consegnare un corpo certo e determinato.

Poichè, fintanto che la condizione è sospesa, il creditore non à peranco la proprietà dell' oggetto, ma solo la speranza di averlo, ne segue dunque che, se quest' oggetto perisca, perisce pel debitore, il quale ne è ancora proprietario. E invano s' adempireb-

be la condiziono dopo distrutta la cosa; giacchè allora l'obbligazione del debitore di questa cosa, del debitore per esempio, non può più nascere per mancanza d'oggetto, e quindi quella del compratore non può più nascere per mancanza di causa. Sicchè i due primi commi del nostro articolo son conformi ai principii, salvo che il secondo s'esprime male, dicendo che l'obbligazione del venditore sarà estinta: non può più estinguersi, dacchè non à mai esistito; conveniva dire che questa obbligazione nonchè l'obbligazione correlativa di pagare il prezzo, non possano più formarsi.

Il quarto ed ultimo comma è del pari consono a' principii: dice che se la cosa venduta sotto condizione, in luogo di perire *pendente conditione*, si è soltanto deteriorata, e ciò per colpa del venditore, il compratore à la scelta o di rescindere il contratto o di prender la cosa pel prezzo minore che or vale, ottenendo d'altronde, in ambi i casi, de' danni e interessi contro il suo venditore, la cui colpa gl'impedisce d'aver l'oggetto nello stato nel quale voleva e doveva averlo.

Diciamo che i danni e interessi saran dovuti in amendue i casi, e altresì quando il compratore otterà per lo scioglimento del contratto, come quando otti di prender la cosa. Ciò è evidente; perocchè il torto è per lui maggiore nel primo che nel secondo caso: se l'indennità gli è dovuta quando prende l'oggetto, deteriorato bensì, ma per un prezzo minore, e allorchè quest'oggetto può ancora convenirgli, quantunque men completamente, como non gli sarebbe dovuta quando l'oggetto non può più soddisfar lo scopo e quando gli sarà forse difficile, forse anche impossibile, di procacciarsene un altro? In ambi i casi àvvi applicazione evidente dell'art. 1382.

563. Ma, se i commi 1, 2 e 4 del nostro articolo son consentanei ai principii, non è così del terzo, che permette al compratore di scegliere tra la cosa e la rescissione del contratto, allorchè la deteriorazione non è imputabile al venditore o altro debitore. Vero à che allora non s'accordano più al creditore danni e interessi, e che s'ei prende la cosa, la prende senza diminuzione di prezzo; ma è contrario al dritto e all'equità il permettergli di risolvere il contratto. E non doveva egli subir lo eventualità sfavorevoli quando le favorevoli sono per lui? forsechè, se la cosa avesse ricevuto migliorie o incrementi qualichessieno, il venditore avrebbe potuto resilire? Benissimo l'avean compreso il dritto romano ed il nostro dritto antico (Pothier n° 219); ed è impossibile giustificar questo cambiamento agli antichi principii, che è ad un tempo una contraddizione alla regola dell'effetto retroattivo della condizione. Ma *statuit lex*.

Il Duranton (XI-80) biasima al par di noi questa derogazione a' principii. Ma come poi ne fa un argomento (n° 82, 4°) per impedir di applicare ai frutti il principio della retroattività della condizione? Non debbono per avventura i casi non formalmente preveduti dalla legge decidersi a tenor de' principii e non con le eccezioni? e questa regola di logica non divien essa anco più imperiosa, quando trattasi d'un'eccezione che si riconosce viziosa e che si è astretto a disapprovare? e non si fa aperto allora, anzi palpabile, che l'attribuzione de' frutti, quando le circostanze non indicano un pensiero diverso nelle parti, dee regolarsi a norma del principio dell'art. 1179 e non dell'eccezione, riconosciuta cattiva, del comma 3 del nostro articolo?

§ 3.

Della condizione risolutiva.

1183. [1136. La condizione risolutiva è quella che, verificandosi, produce la revoca dell'obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo.

Questa condizione non sospende l'esecuzione dell'obbligazione; essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, nel caso che accada l'evento preveduto con la condizione.

SOMMARIO.

I. Rinvio all'art. 1168. La condizione risolutiva, come la sospensiva, non produce il suo effetto che quando s'adempie prima della distruzione della cosa che forma l'obbietto dell'obbligazione: dissenso col Duranton.

II. Casi in cui la condizione risolutiva non avrebbe effetto retroattivo. — Osservazioni circa agli atti d'amministrazione.

I. — 564. Qui non ci accade sviluppare il senso di questa regola: a ben comprenderla, bastan le spiegazioni che date abbiamo sotto l'art. 1168, dalle quali risulta che quella che chiamasi obbligazione sotto condizione risolutiva è un'obbligazione pura e semplice sottomessa a una risoluzione condizionale.

Poichè l'obbligazione è allora pura e semplice, dee dunque eseguirsi immediate, come dice il nostro secondo comma. Soltanto, l'esecuzione debb'esser rivocata, e l'obbligazione con tutte le sue conseguenze, o già avverate o da avverarsi ancora, sparisce, se

la risoluzione condizionale venga ad aver luogo. Ciò dicono e il primo comma e la fine del secondo. Così, per esempio, quegli che per effetto della condizione risolutiva restituirà un immobile, dovrà eziandio restituirne i frutti come sopra si è detto; salvo che dalle circostanze emerga l'intenzione contraria.

Ma evidentemente, onde siffatti risultati si avverino, è mestieri che la condizione risolutiva si attui efficacemente: val dire in un momento in cui possa produrre i suoi effetti. Così: io vi vendo il mio cavallo per 800 fr., ma conveniamo che la vendita sarà risoluta se la tal nave ritorni dalle Indie; il cavallo, dopo consegnato e pagato, muore per caso fortuito, e tosto giunge la nave. La condizione s'adempie allora inutilmente, e la risoluzione punto non si opererà, non essendovi più oggetto su cui possa cadere: non può più cadere sul vostro dritto di proprietà, chè più non esiste, non esistendo più il cavallo medesimo; voi non potete più esser obbligato a restituirmi un cavallo che non esiste; e quest'obbligazione di restituirmi il cavallo non potendo più formarsi per manco d'oggetto, la mia obbligazione di restituirvi gli 800 fr. non può formarsi per manco di causa. Ciò ne sembra divenire evidente e per così dire tangibile, mercè l'osservazione che abbiam fatta sotto l'art. 1168, che colui il quale è creditore sotto una condizione si trova appunto perciò debitore sotto la condizione opposta. Quando dunque io vi debbo il tal cavallo, e questo cavallo è vostro sotto la condizione *risolutiva* che la tal nave ritornerà, il cavallo è mio e voi siete tenuto a consegnarmelo sotto la condizione *sospensiva* del medesimo avvenimento. Dunque la regola che l'articolo precedente, il 1182, stabilisce pel *debitore* sotto condizione *sospensiva*, la stabilisce necessariamente pel *creditore* sotto condizione *risolutiva*; or noi abbiam veduto che, giusta quell'articolo, il quale del resto non fa che applicar in ciò i principii generali, questo debitore sotto condizione sospensiva à la cosa a suo rischio e per sè la vede perire, per la ragione semplicissima d'esserne egli attualmente il proprietario. Oudechè la nostra quistione trovasi risoluta a un tempo e co' principii generali e col testo positivo dell'articolo 1182; e appunto perchè questo di necessità s'applica ad ambi i casi, la nostra sezione non ripete la regola pel secondo.

565. Il Duranton tuttavia insegna il contrario (XI, 91); e dopo essersi maravigliato che il Codice non decida una quistione di tanto rilievo (quando è risoluta positivamente dall'art. 1182 e in ogni caso lo sarebbe pure abbastanza da' principii generali), sostiene che la condizione, avverandosi dopo distrutta la cosa, opererà nondimeno la rivocazione e obbligherà colui al quale la cosa dovea restituirsi a rendere il prezzo che à ricevuto.

Per istabilir questa dottrina, il Duranton cerca in prima di distruggere, o almeno di attenuare, l'identità che esiste fra il creditore sotto condizione risolutiva e il debitore sotto condizione sospensiva . . . Questa identità è sì profondamente vera, sì evidentemente dimostrata dalla natura stessa delle cose, che non ci par mica necessario confutar qui gli sforzi che fa il dotto professore per isfuggirvi. — Il Duranton si fonda di poi sur una legge romana, la cui autorità non è guari favorevole al suo sistema, postochè decide più esplicitamente che mai il punto in litigio *nel nostro senso*. Diciamo la l. 2, § 1. D., l. 18, t. 2, nella quale si tratta d'una vendita ch'io ò fatta *cum addictione in diem*, sotto la condizione che sarà risoluta, se di qui alla tal' epoca io non trovi offerte più vantaggiose; e Ulpiano dice: *Julianus scribit hunc cui res in diem addicta est et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, ET PERICULUM AD EUM PERTINERE SI RES INTERIERIT.* Vero è che un altro giureconsulto, Paolo, nella legge che segue immediatamente, per far toccare col dito la verità di questa decisione, fa notare che nella specie la condizione risolutiva non può nemmanco avverarsi più tardi, dacchè non possonsi trovar nuove offerte per una cosa la quale più non esiste, *quoniam post interitum rei nec adferri possit melior conditio*. Ma è perciò da dire, che sarebbe altrimenti e che la condizione risolutiva s'adempirebbe efficacemente dopo distrutta la cosa, se l'avvenimento preveduto fosse diverso e di natura da realizzarsi dopo questa distruzione? Nulla per fermo ciò dice, e il Duranton gratuitamente lo suppone pel bisogno della sua tesi. Egli invoca da ultimo il testo del nostro articolo, il quale dice che la condizione risolutiva rimette le cose nel medesimo stato, che se l'obbligazione non fosse punto esistita. Ma non è per avventura evidente che la legge intende parlare di una condizione che in tempo utile s'avveri? Senza dubbio, la condizione risolutiva, come la sospensiva, produce un effetto retroattivo; ma soltanto allorchè s'avvera innanzi la distruzione della cosa. Altrimenti converrebbe dire eziandio che l'art. 1179, il quale ferma la regola generale e comune ad ambe le condizioni non faccia distinzione, che dichiari in un modo assoluto, che adempita una volta la

condizione, à un effetto il quale retroagisce sino al dì dell'obbligazione, che pertanto, quando io v' ò promesso il mio cavallo per 800 fr. se la tal nave giungerà, l'arrivo della nave, anchè posteriore alla morte del cavallo, fa sì che la nostra convenzione sia stata fin dall'origine pura e semplice! . . . Ripetiamolo, il nostro articolo 1183, come il 1179, quando traccian gli effetti della condizione avverata, non parlano se non di quella avveratasi in tempo utile, e segnatamente prima della distruzione della cosa ch' è obbietto del contratto.

II. — 566. Anche con questa restrizione, che i principii impongono e che evidentemente era nell' idea de' redattori, la proposizione onde i nostri articoli indicano l'effetto della condizione adempiuta non sarà sempre vera alla lettera, e pure è d' uopo arrecarvi una nuova restrizione a cui non àn pensato i compilatori perchè si riferisce a un caso particolare. Se voi, per esempio, vi siete obbligato a pagarmi 1, 200 fr. l' anno, ma stipulando che sareste liberato, s' io ottenessi il tale impiego, ben è vero che la vostra obbligazione, in questi termini contratta, si trova sottomessa a una condizione risolutiva; ma non è già una condizione risolutiva ordinaria. Difatti la risoluzione qui non solo è sotto condizione, ma dipende da un termine a partir dal quale soltanto avrà il suo effetto. La nostra convenzione significa che voi cessereste di pagarmi i 1, 200 fr., se io conseguirò l'impiego; ma che non cessereste se non dal momento in cui l'avrò conseguito. Sicchè non ci à qui luogo ad invocar l'effetto retroattivo al dì del contratto, che l' art. 1179 attribuisce alla condizione, nè a dire col nostro art. 1183 che le cose saran rimesse nel medesimo stato che se l' obbligazione non fosse punto esistita.

Egli è evidente, del resto, che la condizione, sia risolutiva, sia sospensiva, mai non avrà effetto retroattivo per quelli che son atti di amministrazione dei beni, per gli affitti esempligrazia. Ei ci à, forzosamente e per la natura delle cose, da parte di colui che si troverà diffinitivamente essere stato il proprietario reale, per colui che trovavasi attualmente proprietario apparente, mandato tacito di far validamente tutti gli atti d' amministrazione.

1184. [1437]. La condizione resolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In questo caso, il contratto non è sciolto *ipso jure*. La parte verso cui non fu eseguita l' obbligazione, ha la scelta o di costringere l' altra all' adempimento della convenzione quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento unitamente ai danni ed interessi.

La risoluzione della convenzione deve domandarsi giudizialmente; e può essere accordata al convenuto una dilazione a norma delle circostanze.

SOMMARIO.

I. Della condizione risolutiva tacita esistente in tutt' i contratti bilaterali.
II. Del patto commissorio e de' suoi effetti.
III. In tutt' i casi la risoluzione à il suo effetto contro i terzi acquirenti. — Durata dell' azion di risoluzione.

I. — 567. La legge, vegliando qui con sollecitudine all' interesse de' contraenti, e prendendo per essi le precauzioni che non sempre eglino stessi penserebbono a prendere, dichiara che nei contratti sinallagmatici ciascuna parte sarà sempre presunta avere stipulato, che la sua obbligazione sarà risoluta e la convenzione non avvenuta, se l' altra parte non esegua la sua. Ogni contratto bilaterale trovasi dunque sottomesso, per la regola generale della legge, e senza che siasi detto nulla a tal riguardo nell' atto, a una condizione risolutiva per ciascuno de' contraenti.

Ma questa condizione risolutiva, tacita e sottintesa (che quindi chiamasi anche condizion risolutiva *legale*) non à un effetto energico quanto quello della condizione risolutiva ordinaria di cui parla l' articolo precedente; e laddove questa opera la risoluzione *ipso facto* e per l' effetto immediato del suo avverarsi, quella del nostro articolo, all' opposto, permette soltanto di domandar la risoluzione al giudice, il quale non è pur tenuto a pronunziarla incontanente e può, secondo le circostanze, accordare al convenuto una dilazione per eseguire. Non accade dire, del resto, che questa parte è libera di domandare invece della risoluzione l' esecuzione forzosa della convenzione; e che, anche in tal caso, benchè nol dica altrimenti il nostro articolo, può ottenere eziandio de' danni e interessi pel pregiudizio che le cagionasse il ritardo d' eseguire (art. 1382). Ad ogni modo, la scelta che appartiene alla parte fra l' esecuzione dell' obbligazione e la risoluzione di questa l' autorizza naturalmente, dopo adottato l' un partito, ad appigliarsi all' altro; e può sempre domandare l' esecuzione dopo domandata la risoluzione, e viceversa, finchè non vi sia stata una dichiarazione dell'altra

parte di acquiescenza alla domanda fatta, il che formerebbe un nuovo contratto, o una sentenza che costituirebbe il quasi contratto giudiziario e produrrebbe lo stesso effetto (Cass. 2 dic. 1811).

II. — 568. A prima giunta potrebbe credersi che, quando la risoluzione per l'inesecuzione di una parte è stata stipulata dall'altra parte espressamente, questa clausola costituisca una condizione risolutiva ordinaria ed i cui effetti naturalmente trovansi governati dagli articoli precedenti. Pure ei non è così; e questa clausola, nota sotto il nome di *patto commissorio*, segue regole particolari.

Così, nella condizione risolutiva ordinaria, il contratto è completamente non avvenuto per ciascuna delle due parti dal momento che la condizione s'adempie, o non potrebbero conseguirne di nuovo il risultato che di comune accordo e con un secondo contratto: ormai si riconosce, benchè vi sieno stati sulle prime do' dubbi a tal riguardo, ch'egli è così per la condizione risolutiva potestativa come per la risolutiva casuale (Toull. VI, 552 a 554). Quando io dichiaro di vendervi la mia casa pel tal prezzo, ma stipulando che l'obbligazione sarà risoluta, se la tal nave ritorni questo anno, o se voi facciate o se non facciate il tal viaggio a Marsiglia, l'adempimento della condizione preveduta metterà nel nulla la convenzione, ed io non potrò costringervi a ritener la casa pagandomene il prezzo, come voi non potreste costringermi a lasciarvela; il nostro contratto è forzosamente e rigorosamente non avvenuto; e ancorchè noi convenissimo di non tener conto della condizione adempiuta e di lasciarvi la casa, conservando io dal canto mio o il prezzo che ò ricevuto o il credito di questo prezzo non anco pagato, non sarebbe già il mantenimento del primo contratto, ma un contratto novello, e voi non sareste proprietario dell'immobile che per effetto di questa seconda convenzione e a partir da essa — All'incontro, quando si tratta della condizione risolutiva particolare che si è chiamata *patto commissorio*, il contratto, malgrado l'adempimento della condizione preveduta, non è risoluto se non quando il voglia la parte che à stipulata questa condizione, e sarà mantenuto s'ella intenda mantenerlo, nonostante la volontà contraria dell'altra parte. Quando io vi ò venduta la mia casa, stipulando che la vendita sarebbe risoluta se voi non pagaste il prezzo al termine convenuto, il non pagamento del prezzo al termine stabilito, sebbene costituisca l'avveramento della condizione risolutiva scritta nel contratto, non produrrà necessariamente la rivocazione della nostra convenzione; ed io sarò arbitro di costringervi ad eseguire questa convenzione e di domandarvi per le vie giudiziarie il prezzo che ricusate di pagarmi. Gli è che in effetti una simile condizione, per la natura stessa delle cose, non è punto scritta con uno scopo assoluto, sibbene lo è con uno scopo meramente relativo allo stipulante e con facoltà per questo stipulante di non usarne, è forzosamente sottomessa a questa restrizione sottintesa « tranne che io preferisca d'attenermi al mio contratto e giovarmi delle vie legali per giungere mio malgrado all'esecuzione di quello ».

569. Questa prima differenza tra la condizione risolutiva ordinaria e la risolutiva tratta dall'inesecuzione o clausola commissoria, ha condotto il nostro legislatore a proclamarne una seconda, che il nostro dritto antico aveva evidentemente esagerata, che il Codice forse spinge ancora tropp' oltre, ma che, in sostanza e fra giusti limiti, è onninamente razionale... Poichè la risoluzione, nel caso in che versiamo, dipende dalla volontà dello stipulante, non si può dunque dire, che questa risoluzione avrà sempre luogo come ne' casi ordinari, *ipso facto*, pel solo fatto dell'avveramento della condizione; sarà d'uopo che sia nota la volontà dello stipulante a tal riguardo. Abusando di questa idea, la nostra antica giurisprudenza era andata al punto di decidere che, quali che fossero i termini del contratto, non vi sarebbe mai risoluzione per effetto del patto commissorio, eccetto quando il giudice, dopo intimazione e citazione al debitore, fosse stato chiamato a valutar le circostanze e avesse creduto dover pronunziare lo scioglimento del contratto. Cosicchè, por quando le parti aveano espressamente convenuto, che il manco d'esecuzione al tempo indicato rescinderebbe immediate il contratto *ipso jure* e senza bisogno di veruna formalità, conveniva nondimeno ricorrere alle formalità di cui si era inteso far senza, e lo scioglimento non potea risultare che dalla sentenza del giudice, sempre libero di pronunziare a suo talento dopo l'esame de' fatti (Pothier, n. 636 o 672 secondo l'edizione, e *Vendita*, n. 459). Ciò era, ben si vede, un violare in istrano modo il principio sacro della libertà delle convenzioni. Il Codice si è guardato, com'era naturale, dal riprodurre un simile principio; ed ecco la distinzione che sembra risultare da' suoi testi, assai poco precisi su questo punto.

Se la parte, per dicendo che la riso-

luzione si opererà *di pieno dritto*, non à avuto cura d'aggiungere che non farebbe mestieri di veruna notificazione, di veruna intimazione (o altri termini equivalenti), la risoluzione non risulterà che dall'intimazione di eseguire restata senza effetto (art. 1656, 1139; Reg. 19 agosto 1821). Che se per converso siasi avuto cura di dire nel contratto, che lo scioglimento si opererebbe pel solo fatto della ineseeuzione *e senza che sia d'uopo d'intimazione nè di altra formalità*, allora soltanto lo scioglimento avverrà *de plano* (art. 1139, Parigi 22 nov. 1816); ma sempre, beninteso, con facoltà per lo stipulante di rinunziare al beneficio dello scioglimento e d'esigere l'esecuzione.

III. — 570. La risoluzione risultante, sia dalla tacita condizione onde parla il nostro articolo, sia dalla clausola commissoria di cui abbiam favellato nel n. II, è opponibile, nè più nè meno di quella che risultasse da una condizione risolutiva ordinaria, a terzi acquirenti o a tutti coloro che avessero ottenuto un dritto qualunque sull'immobile: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Un arresto di Besanzone che avea deciso il contrario fu giustamente annullato dalla C. cass. (2. dic. 1811).

La domanda di scioglimento non è precisamente un'azione di rescissione del contratto. E di fermo, in quella domanda non s'impugna la convenzione, anzi la s'invoca, e si domanda la esecuzione della clausola espressa o sottintesa che vi è inserita o presunta inserita. Onde l'azione non cadrebbe punto sotto la prescrizione decennale dello art. 1304, non si prescriverebbe che con 30 anni giusta l'art. 2262. Beninteso, ciò non impedirebbe altrimenti che de' terzi i quali avessero giusto titolo e buona fede prescrivessero con 10 o 20 anni, a' termini dell'art. 2265.

SEZIONE II.

Delle obbligazioni a termine.

1185. [1138]. Il termine apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione, in ciò che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione.

571. L'obbligazione a termine è quella che non è nè sospesa nè risolubile in vista d'un avvenimento futuro ed incerto, e la cui esecuzione è soltanto ritardata fino all'avverarsi d'un avvenimento futuro, ma certo: io vi pagherò 1,000 fr. tra un anno. L'obbligazione a termine à dunque immediatamente la sua esistenza perfetta e tutta la sua forza giuridica; di guisa che non si avrebbe a prender alla lettera questa proposizione che così spesso si ripete: « Chi à termine non dee nulla. » Questa proposizione è vera nel solo senso che colui il quale gode d'un termine non è tenuto a pagar attualmente; ma sarebbe falsa ove si intendesse nel senso che egli non fosse attualmente debitore.

Abbiam veduto sotto l'art. 1174, una obbligazione esser nulla quando il promettente l'à contratta sotto la condizione *si voluero*. Non sarebbe lo stesso di quella in cui questo promettente avesse detto: « lo farò o darò la tal cosa *cum voluero* ». Qui non si può dire che vi sia mancanza di legame; dappoichè il legame si forma immediatamente, si trova avere fin dall'istante del contratto la sua esistenza perfetta, e il *cum voluero* ritarda soltanto l'esecuzione dell'obbligazione. Senza fallo la convenzione sarebbe ancor nulla, se fosse riconosciuto in fatto non essersi inteso fare che una celia; ma questo caso sarà evidentemente il più raro; e ogni qual volta le parti avranno agito seriamente, si avrà soltanto da esaminare in caso di contestazione qual'è la latitudine che siasi intesa lasciare al debitore. Così, quando io vi presto il mio cavallo per lavorar le vostre terre e vi autorizzo a restituirmelo quando vorrete, ciò significa che potete ritenerlo cinque o sei settimane nonchè otto giorni. Talliala, all'opposto, il *cum voluero* potrà estendere il termine all'intera vita del debitore.

Si distingue il termine di dritto, che risulta da essa la convenzione, e il termine di grazia, che il giudice à alcune volte la facoltà di accordare senza che le parti l'abbiano convenuto (art. 1244 C. c.; 122 a 124 C. pr.) Il termine di dritto è espresso o tacito, secondo che sia stato convenuto formalmente, o che risulti soltanto dalla natura del contratto. Così quando io m'obbligo, a Parigi, di consegnarvi in questa città la mobilia che vi dico aver lasciata a Rouen, è ben chiaro che tacitamente conveniamo ch'io avrò la dilazione necessaria per far venire la mobilia.

1186. [1139]. Ciò che non si deve che a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine; ma non può ripetersi ciò che è stato pagato anticipatamente.

572. Ciò che è dovuto a termine non si può esigere innanzi la scadenza del termine,

e il termine non è scaduto chè quando è spirato l'ultimo giorno del periodo prefisso. Laonde la prima proposizione del nostro articolo non presenta difficoltà di sorta; non così la seconda, la quale dichiara che quello si è pagato con anticipazione non può ripetersi.

A Roma, colui che pagava prima del termine, anche per errore e nell'ignoranza di questo termine, non poteva ripetere, perchè l'azion di reclamo di una cosa indebitamente pagata, la *condictio indebiti*, essendo un'azione di dritto stretto e non già di buona fede, non poteva esser accordata se non a colui che si trovava rigorosamente aver pagato ciò che non doveva, e tal non era altrimenti il caso d'un debitore a termine, postochè il debitore a termine è attualmente debitore e sottomesso ad un'obbligazione fin da ora perfetta. Il Pothier (n. 230) riproduceva questa dottrina. « Quegli che à promesso sotto condizione, diceva egli, non è debitore . . . Laonde segue che se per errore pagasse prima della condizione, potrebbe ripetere ciò che à pagato ... Per l'opposto, quegli che deve a termine è veramente debitore; e se pagasse prima del termine, non potrebbe ripetere, giacchè avrebbe pagato ciò che effettivamente doveva. »

Sarebbe egli dunque così sotto il Codice, e intende il nostro articolo ricusar la ripetizione assolutamente e senza distinzione fra colui che à pagato liberamente, con cognizione di causa, e colui che lo à fatto sol perchè era ignaro del termine? Noi non esitiamo a rispondere di no, atteso che l'opposta decisione sarebbe manifestamente contraria non pure a' principî dell'equità, sì eziandio all'indole generale del nostro dritto moderno e all'intenzione de' redattori del nostro articolo.

573. Quando alla morte di mio padre io trovo un testamento che m'incarica di pagare immediatamente 20,000 fr. a Paolo, e dopo averglieli pagati scopro un secondo testamento che rivoca il primo e m'accorda due anni per pagare questi 20,000 fr., non è egli chiaro che ò procurato a Paolo un vantaggio maggiore di quello che gli era realmente dovuto, poichè à avuto di più l'interesse del danaro durante i due anni, ossia 2,000 fr.? .. La stessa legge romana, ad onta delle sottigliezze spesso ingiusto del suo *strictum jus*, riconosceva questa verità, che, se è vero, com'essa diceva, che pagar troppo tardi è pagar meno, *minus solvit qui tardius solvit*, è dunque vero pertanto che pagar troppo presto è pagar più. Ora, che la legge romana non tenesse conto di questo principio d'equità ne' suoi contratti *stricti juris*, cosa importa a noi la cui legge non riconosce che contratti *bonae fidei*, e dichiara (art. 1134) che tutte le convenzioni ànno ad eseguirsi *di buona fede*?

I principî generali del nostro dritto adunque giustificano già il senso che noi diamo al nostro articolo. Ma inoltre questa idea era pur quella de' compilatori. Imperocchè innanzi al Corpo legislativo l'oratore del governo diceva su questo articolo che « se il debitore à *liberamente* soddisfatto anzi tempo alla sua obbligazione, non sarebbe giusto d'autorizzarlo a domandar la ripetizione del già pagato. » (Fenet, XIII, 244.)

Egli è dunque certo che il nostro articolo non intende parlare se non del debitore che à pagato con cognizione del termine e rinunziando a questo termine, e che, se i redattori àn riprodotta semplicemente la frase del Pothier, gli è che la proposizione di questo autore (la quale abbracciava per fermo il caso di errore, ma l'abbracciava per la sua relazione con la proposizione scritta nel comma precedente per l'obbligazione condizionale) diveniva suscettiva d'un senso men lato tosto che trovavasi isolata come è nel Codice.

574. La è cosa da stupire che niun autore, che noi sappiamo almeno, abbia ancora fermato questo punto di dritto. Il Bonsquet (n. 5 sull'art.) e il Toullier (VI, 675) ben sembra intendano l'articolo nel senso nostro; ma, lungi dal darne alcuna ragione, non si spiegano tampoco positivamente. Il Delvincourt decide, col dritto romano e col Pothier, non potersi ripetere. Il Duranton (XI, 113) tratta, è vero, lungamente la quistione e la risolve nel nostro senso; ma, benchè la *decida* in dritto, non la *discute* però che in equità, talchè basterebbe rispondergli: « l'articolo può esser cattivo, com'è il comma 3 dell'art. 1182, ma infine questa è la legge: *dura lex, scripta tamen.* » Il Dalloz (c. IV, sez. III, n. 16) si contenta d'analizzare le due opinioni contrarie del Duranton e del Delvincourt, senza indicare la sua. Lo Zachariae e i suoi annotatori (II) fan come il Dalloz o lasciano il punto indeciso. Il Duvergier da ultimo nelle sue note al Toullier passa affatto la quistione sotto silenzio.

1187. [1140]. **Il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, quando non risulti dalla stipulazione o dalle circostanze, che siasi convenuto egualmente in favore del creditore.**

575. Il termine può essere stato stipulato o nell'interesse del solo debitore o nell'in-

teresse comune del debitore e del creditore, o nell' unico interesse di quest' ultimo. Poichè colui ad esclusivo favor del quale è stato stipulato un dritto qualunque può sempre rinunzisre a questo dritto, ne segue che, se il termine non esista che pel debitore, questi può costringere il creditore a ricevere il pagamento innanzi la scadenza; che all'opposto, se pel creditore sia stabilito, questi astringerà immantinento il debitore a pagare; ma, se il termine è messo nell' interesse d' entrambi, non può esser anticipato senza il loro comune accordo. Del resto, il termine, per la natura stessa delle cose, si reputa sempre di pieno dritto stabilito pel solo debitore; e quindi al creditore che pretende sia altrimenti, spetta di provarlo o co' termini medesimi della convenzione o con la natura di questa convenzione o con altre circostanze.

1188. [1141]. **Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore.**

SOMMARIO.

I. Il debitore perde il benefizio del termine 1. col suo fallimento o con la decozione 2. quando diminuisce le garenzie date, o non da quelle che avea promesse.
II. Lo stesso è a dire anche pe' crediti ipotecari.
III. Il creditore puo, prima della scadenza, prender qualunque misura conservatoria. Distinzione sul punto di sapere s' egli possa far condannare attualmente il debitore a pagare alla scadenza.

I. — 576. La regola che il debitore non può essere astretto ad eseguire prima del termine (tranne che questo termine sia stipulato nell' interesse unico del creditore, come nel caso di deposito), è dal nostro articolo sottomessa a due eccezioni. Il debito a termine diviene immediatamente esigibile, 1.° quando il debitore cade in fallimento o anche in decozione, sebbene il nostro articolo nol dica punto, 2.° quando à menomate le garenzie che aveva date al creditore, o non dà quelle che aveva promesse.

Diciamo esser così pel caso di decozione nonchè per quello di fallimento, ed è manifesto: chè la decozione è la rovina del debitore non commerciante, laddove il fallimento è lo stato del commerciante che cessa i suoi pagamenti (art. 437 C. comm.); ora un commerciante può trovarsi nell' impossibilità di continuare i suoi pagamenti e per conseguenza in istato di fallimento, comunque sia ancora solvibile, quando il non commerciante è in istato di decozione per effetto della stessa sua insolvibilità. Onde *a fortiori* deve ricever l' applicazione del nostro articolo la decozione. È pperò l' art. 1913 dichiara che il fallimento o *la decozione* del debitore rende esigibili ezlaudio i capitali di rendite perpetue i quali, giusta il dritto comune, non posson domandarsi in niuna epoca, il che è molto più dell' anticipare soltanto un' esecuzione che avrebbe potuto esigersi più tardi. È dunque certo che sotto il nome di *fallimento* i redattori ànno inteso comprendere qui e il fallimento propriamente detto e quello del non-commerciante, ossia la decozione. E ciò è tanto men dubbio per quanto fu detto positivamente nel consiglio di Stato nella discussione del nostro articolo: « Si può fallire senz' esser commerciante, disse il Treilhard: in verità il fallimento chiamasi allora *decozione*; ma poco monta la denominazione quando la cosa è la stessa. » Diciamo altresì che la diminuzione delle garenzie promesse col contratto produrrebbe il medesimo effetto della diminuzione di quelle che s' eran date. E di fermo è ben il caso di dire: *eadem ratio, idem jus*; e l' art. 1912 permette d' esigere il rimborso d' una rendita perpetua, quando il debitore manca di fornire al prestatore le promesse garentie. (Conf. Pau 3 lug. 1807).

Del resto, il debitore che à col suo fatto menomato le garenzie date dapprima, resterebbe decaduto dal beneficio del termine, comechè ne offrisse delle nuove; dappoichè non merita più fiducia, e il creditore à troppo giusto motivo di temere che queste novelle garenzie abbiano per avventura la stessa sorte delle prime. In quanto al caso in cui le garenzie si trovino scemate senza fatto del debitore, veggasi la spiegazione degli art. 2020 e 2131.

II. — 577. Col fallimento o con la decozione, del pari che col manco delle garenzie date o promesse, tutt' i crediti diventano esigibili, anche quelli garentiti da ipoteche: il nostro articolo punto non distingue, e l' art. 444 C. comm. (448 antico) non distingue tampoco. Dopo una lunga discussione, nella quale più membri del consiglio di Stato domandavano che si eccettuassero dalla regola del nostro articolo i crediti ipotecari, l' articolo venne adottato senza restrizione, perocchè fu riconosciuto che il sistema contrario renderebbe troppo difficile la liquidazione di questi vari crediti.

Intanto a Brusselle nel 1811 s' era giudicato, che il creditore ipotecario non potesse agire immediatamente per l' espropriazione dell' immobile ipotecario; ma questo sistema

con ragione è stato rigettato dalla giurisprudenza posteriore (1).

L'art. 124 C. proc. indica varie circostanze, in forza delle quali il debitore anche incorre nella decadenza. Ma queste cause di decadenza non sono stabilite che pel termine *di grazia*, epperò bisognerebbe guardarsi dall'estenderle al termine convenzionale, che necessariamente à maggior forza.

III. — 578. Non accade dire che il creditore può, quando il debitore conserva il benefizio del suo termine, prender tutte le misure conservatrici del suo credito: gli è evidente, postochè questo dritto è riconosciuto dalla legge al semplice creditore condizionale, a colui il cui credito è ancora incerto. Potrebbe dunque il creditore a termine domandare al magistrato la ricognizione o la verificazione di scrittura. Ma potrebbe inoltre domandar una sentenza che condannasse fin d'ora il debitore a pagare alla scadenza? Noi pensiamo col Toullier (VI — 664) e col Dalloz (IV, III, n. 6) che una tale condanna dovrebbe esser pronunziata, ove la condotta del debitore verso il suo creditore fosse di natura da far nascere de' dubbi sulla sua buona fede e ispirasse de' timori sull'adempimento della sua obbligazione. Così giudicò la Corte suprema con un arr. rig. del 14 mess. anno XIII.

SEZIONE III.

Delle obbligazioni alternative

1189. [1142]. Chi ha contratta un'obbligazione alternativa, si libera da quella mediante la consegna di una delle due cose comprese nell'obbligazione.

579. L'obbligazione alternativa è quella che presenta più oggetti con la prestazione dell'uno de' quali il debitore può liberarsi: « Vi darò o il mio cavallo o il mio bue; vi pagherò 1000 fr. o farò il tal viaggio per voi; vi farò la tal costruzione, o v'abbandonerò il mio fondo, o vi pagherò 100, 000 fr. » Il nostro articolo dunque si pone in un punto di vista troppo stretto, quando dice che il debitore sarà liberato *col rilasciare l'una delle cose*; giacchè uno degli obbietti dell'obbligazione o ciascuno di questi obbietti può essere o l'adempire ad un fatto o l'astenersi da un fatto. Conveniva dire in un modo più generale *col prestare l'un degli obbietti compresi nella obbligazione.*

La scelta della prestazione da fare può appartenere o al debitore o al creditore; ma al debitore appartiene per principio, como dice l'articolo seguente, e non appartiene al creditore se non quando ciò siasi formalmente spiegato.

Avvegnachè l'obbligazione onde trattasi presenti alternativamente più prestazioni, si vede tuttavia, che in sostanza e diffinitivamente una sola di tali prestazioni è davvero l'obbietto dell'obbligazione: un solo obbietto ci à, ma questo obbietto rimane incerto, può essere il tale o il tal altro, fino alla scelta e secondo la scelta che farà la parte che à il dritto di farla. Questa scelta, quando sarà fatta, avrà un effetto retroattivo al giorno stesso della convenzione, e l'obbligazione si troverà non aver mai avuto altro obbietto che quello si sarà scelto. Quest'obbietto infatti, al par dell'altro o di ciascuno degli altri, è stato dovuto fin dall'origine sotto questa condizione: *se quello venga scelto.* Dunque, quando voi mi avete dato in proprietà la vostra nave o la vostra casa, quello dei due oggetti che sarà scelto mi sarà appartenuto *ab origine*; e il mio credito sarà e sarà stato sempre o mobiliare, se ricevo la nave, o immobiliare, se la casa.

1190. [1143]. La scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente accordata al creditore.

580. La libertà delle persone essendo il dritto comune, e le obbligazioni, i legami che vengono a limitare la libertà costituendo una derogazione al dritto comune, è naturale di restringere piuttosto che estendere la portata di un'obbligazione; e per conseguenza, quando una persona si è obbligata alternativamente alla tal cosa o alla tal altra, a lei deve appartenere la facoltà di liberarsi nel modo che le sembrerà più comodo.

1191. [1144]. Il debitore può liberarsi dalla obbligazione, consegnando una delle due cose promesse; ma egli non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra.

581. Se il debito che abbia per oggetti alternativi cose divisibili fosse quello di più debitori (sia perchè dall'origine vi fossero stati più debitori, sia perchè l'unico debitore fosse morto lasciando più eredi), questi

(1) Bordeaux 22 agosto 1827; Rouen 22 feb. 1844 mantenuto in cassazione il 10 marzo 1845 (Dev. 45, 1, 601).

debitori moltiplici, benchè ciascuno non debba che la sua frazione del debito (art. 1220), sarebbero pur sempre tenuti a intendersi insieme per dar ciascuno la sua parte nel medesimo oggetto. Così, quando Pietro mi deve a sua scelta 5 ettari di terra o 5, 000 fr., e lascia 5 eredi, ciascun d'essi avrà pure il dritto di non darmi che un quinto della cosa, per la quale si determineranno, ed io non potrei, senza violar l'art. 1220, agir pel tutto contro un solo di loro; ma sarà d'uopo che ciascun de' cinque mi dia un quinto della stessa cosa, ciascuno 1, 000 fr. o ciascuno un ettaro del terreno indicato, senza di che vi sarebbe violazione del nostro art. 1191. Quel che dice il nostro articolo e quel che noi stesso abbiam detto per uno o più debitori s'applicherebbe eziandio reciprocamente per uno o più creditori, se a questo creditore o a questi creditori appartenesse la scelta. Tutto ciò è la necessaria o patente conseguenza del fatto, che l'obbligazione alternativa à per obbietto non una parte della tal cosa e una parte della tal' altra, sibbene la tal cosa per intero, o la tal' altra, egualmente per intero.

Ma, se l'obbligazione alternativa avesse per obbietto delle cose da darsi periodicamente, per esempio una rendita annua di 50 fr. o d'una foglietta di vino, la parte cui spetta la scelta potrebbe ogni anno sceglier l'una delle due cose. Il solo effetto della nostra regola sarebbe d'impedirle che desso o domandasse per uno stesso anno 30 fr. e una mezza foglietta di vino.

1192. [1145]. **L'obbligazione è pura e semplice, quantunque contratta in modo alternativo, se una delle due cose promesse non poteva essere l'oggetto dell'obbligazione.**

582. Se io ò promesso di darvi 1, 000 fr. o una sfinge, di costruirvi una casa o di far il giro del mondo in otto giorni, di darvi il mio podere o di dividere più tardi con voi la successione di mio padre ancor vivente (art. 1130), l'una delle due prestazioni indicate trovandosi fisicamente o legalmente impossibile e non potendo essere obbietto di un' obbligazione, ne segue che la mia obbligazione à un oggetto unico e fin d'ora determinato; à la forma alternativa, ma realmente è semplice.

Pure non bisognerebbe applicare il nostro art. alla lettera a tutt' i casi possibili; giacchè la forma alternativa potrebbe celare un' obbligazione semplice, ma radicalmente nulla, fatta con una clausola penale, che sarebbe nulla del pari. S'io avessi detto: « m' obbligo a pagarvi 10, 000 fr. o ad uccidere vostro padre di qui a un mese, » è chiaro che il senso della mia promessa sarebbe questo: « vi prometto d'uccidere vostro padre; e vi pagherò 10, 000 fr. se non eseguirò la mia promessa: » il tutto adunque sarebbe nullo giusta l'art. 1227.

1193. [1146]. **L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse perisce e non può più essere consegnata, quand' anche ciò accada per colpa del debitore. Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.**

Se ambedue le cose sono perite, e il debitore sia in colpa riguardo a una di esse, deve pagare il prezzo di quella che fu l'ultima a perire.

583. Questo articolo non parla che dei casi ordinari, di quelli in cui la scelta apparteneva al debitore, giacchè regole diverse statuirà l'articolo seguente pe' casi in cui questa scelta appartenesse al creditore.

L'articolo ci dice dapprima che l'obbligazione divien pura e semplice, ossia cessa d'essere alternativa (varrebbe meglio dir *semplice* per lasciare alle parole *pura e semplice* il loro significato ordinario di *non condizionale*) semprechè l'una delle cose perisca e non si possa più dare, o con colpa del debitore o senza. In ciò àvvi un pleonasmo che vuolsi correggere dicendo: « perisca o non possa più darsi per un' altra causa. » Questo disse infatti al Corpo legislativo l'oratore del governo.

La proposizione così modificata dovrà anzi esser intesa ancora in un senso più largo di quello che presentan questi termini; convien dire: « tutte le volte che una delle prestazioni (supponendo che due e non più ce ne abbiano) non possa più procurarsi; tutte le volte, infine, che l'obbligazione *non abbia più che un oggetto impossibile.* » Così, quando io v' ò promesso il mio cavallo, il mio bue o il mio asino, ed ò ucciso il mio bue e venduto il cavallo, è chiaro non potervi io più dare che l'asino. Se v' ò promesso di fare il tal viaggio alle Antille alla tal' epoca, o di pagarvi 20, 000 fr., e all' epoca indicata son ritenuto in letto da un' infermità, la mia obbligazione non può più avere per oggetto che 20, 000 fr. E poco rileva che l'avere ormai l'obbligazione un tal oggetto possibile sia per mia colpa, dacchè la scelta della cosa da dare o da fare era a me riservata. Io era ben libero d'uc-

cidere o di vendere due de' tre animali promessi alternativamente o di riserbarvi il terzo, poichè avrei potuto scegliere questo terzo, ancor quando tutti e tre fossero rimasti a mia disposizione.

584. Poichè l'impossibilità di procurare ormai uno de' duo (o due de' tre) oggetti compresi nell' obbligazione rende questa semplice e ridotta all' unico oggetto che rimane, parrebbe che la distruzione di quest' oggetto avvenuta dipoi senza la colpa del debitore dovesse liberar costui (art. 1302), ancorchè per sua colpa fosse divenuto impossibile di rilasciare il primo oggetto. E pure tal non è la decisione del nostro secondo comma, il quale dichiara il debitore tenuto del prezzo della cosa perita l' ultima, sol perchè è in colpa per una delle due, non monta quale. Così, quando io v' ò promesso alternativamente il mio cavallo o il mio bue, poi ò volontariamente ucciso il bue, e il cavallo muore per caso fortuito, vi dovrò nondimeno il prezzo di questo cavallo. Il concetto della legge è che il debitore, rendendo semplice la sua obbligazione col distruggere volontariamente uno de' due animali, nol fa che a suo rischio e pericolo e sottomettendosi a dar l' equivalente del secondo oggetto, se venisse a perire anche esso. È giusto, infatti, che il debitore non possa distruggere a sua posta le eventualità favorevoli che offriva al creditore la convenzione; postochè la perdita fortuita d' uno degli animali dovea dar l' altro per obbietto all' obbligazione, non deve render nulla questa obbligazione la distruzione volontaria dell' ultimo animale rimasto. Soltanto, sarebbe stato più consono a' principi di dare allora al creditore non già il prezzo della cosa perita l' ultima, ma il prezzo di quella per la quale il debitore è in colpa, poichè essa si sarebbe trovata dovuta ed essa avrebbe ottenuta il creditore, senza la colpa del debitore.

585. Quando la seconda cosa è perita per la colpa del debitore, poco monta como sia perita la prima, è perfettamente regolare allora di far pagare al debitore il prezzo della seconda; ma bisogna aggiungere che esso debitore, oltre del prezzo, potrebbe dovere ancora una certa somma a titolo di danni e interessi.

Se le cose fossero perite per caso fortuito amendue, è chiaro che il debitore sarebbe liberato (art. 1302, 1195).

1192. [1147]. Quando nei casi contemplati dal precedente articolo, la scelta fu accordata nella convenzione al creditore;

O una soltanto delle cose è perita; e allora, se ciò è accaduto senza colpa del debitore, il creditore deve ricevere quella che resta; se il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita;

O ambedue le cose sono perite; e allora, se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, o anche ad una sola il creditore può domandare il prezzo dell' una o dell' altra a sua elezione.

586. Questo articolo consacra, pel caso in cui la scelta appartenga al creditore, quattro regole, l' ultima delle quali però sembra poco conforme a' principi.

E di fermo, che il creditore, quando l' una delle due cose perirà per caso fortuito, sia astretto a contentarsi della seconda, è naturale; non potendo egli più fare scelta, quando non esiste che un sol oggetto e quando a ninno è imputabile la perdita dell'altro. Allorchè, per l' opposto, è la colpa del debitore che fa mancare un degli oggetti, è ben giusto, che il creditore possa scegliere tra l' oggetto che resta e il valore di quello che per malizia o per negligenza gli si è tolto. Egli è del pari affatto razionale, quando i due oggetti vengono a mancare entrambi, di dare al creditore la scelta fra due valori, se sia imputabile al debitore la perdita di amendue.

Ma, quando la colpa del debitore non à cagionato che la perdita d' un de' due e l' altro è perito per caso fortuito, il creditore, a norma de' principi, non avrebbe dovuto poter reclamare che il prezzo di quello la cui perdita è imputabile, poichè questo egli riceverebbe, se niuna colpa fosse da apporre al debitore.

Del resto *statuit lex*, e noi non crediamo che, perchè questa regola si discosta un po' da' principi, sen possa argomentare che sarebbe altrimenti, se non vi fusse stata colpa propriamente detta, ma un fatto innocente. La cura onde il legislatore à prevednti tutti i casi possibili ne' nostri due articoli e nel seguente ben prova, ch' egli ha inteso presentar quì una teorica compiuta e che abbracci tutte le ipotesi, e che se dappertutto non à distinto che *la colpa* e la mancanza *della colpa*, gli è perchè sotto quest' unico vocabolo à compreso e la colpa propriamente detta e il semplice fatto. Egli è tanto meno da maravigliarne, in quanto questo senso ampio della parola *colpa* è evidente e riconosciuto da tutti nel seguente articolo.

587. In ciò che abbiam detto sotto l' articolo precedente e dagli esempi stessi che ivi abbiam dati si è potuto notare, che noi

facciamo entrare nella circostanza che il Codice esprime con le parole *cose perite* (espressione troppo stretta, poichè conveniva abbracciare tutt' i casi in cui la prestazione qualunque diviene impossibile), vi facciamo entrare, dicevamo, il caso d' alienazione della cosa promessa. Egli è aperto, infatti, che quest' alienazione mette nell' impossibilità di dar la cosa e dee pertanto ragguagliarsi a una distrozione di questa cosa seguita per la colpa del debitore.

Sarà, beninteso, altrimenti, quando il creditore era divenuto, già da prima dell' alienazione, proprietario della cosa alienata, e questa cosa è un immobile. Così, quando Pietro avea promesso di darmi la sua nave o la sua casa, e vende la casa dopo ch' è perita la nave, è chiaro che, per la perdita della nave essendosi trovato che l' obbligazione à per unico oggetto la casa, io sono stato fin da questo momento proprietario della casa, e posso rivendicarla. Che se la scelta fra la casa e la nave fosse stata lasciata a me creditore, io potrei rivendicare qoella nel caso perfino che fosse stata alienata, esistendo ancora la nave: allora difatti, io era proprietario di qoello degli oggetti che mi piacesse di scegliere, era proprietario della casa, sotto la condizione che scegliessi la casa, onde la scelta che dichiaro fare di quella à un effetto retroattivo e me ne rende proprietario fin dal giorno stesso del contratto.

588. Circa a' mobili, si sa che l' art. 2279 terrebbe in nonnulla la proprietà del creditore e impedirebbe la revindicazione.

1195. [1148]. Se le due cose sono perite senza colpa del debitore, e prima ch' egli fosse in mora, l' obbligazione è estinta in conformità dell' articolo 1302.

589. Questa regola che si riferisce non meno al caso in cui la scelta appartiene al creditore che a quello in cui al debitore appartiene, è nolla più che un' applicazione del principio dell' art. 1302. Era, per altro, poco utile aggiongere alle parole *senza colpa del debitore* questo: *e prima ch' egli sia in mora*, attesochè la mora, il ritardo d' eseguire, costituisce di per sè una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat.* Qui, del resto, voglionsi trasportare gli svolgimenti che saran dati più oltre sotto il detto art. 1302.

1196. [1149] Gli stessi principii si applicano ai casi nei quali più di due cose sono comprese nell' obbligazione alternativa.

590. Egli è agevole a concepire, e noi abbiam già fatto comprendere con le spiegazioni date sotto i diversi articoli della sezione, che le regole di questa sezione son fatte per tutt' i casi in col oggetti moltiplici, qualunque ne sia il numero, non son dovuti che alternativamente e di guisa che un solo in ultima analisi debba esser procurato al creditore.

Innanzi di passare alla seguente sezione, dobbiamo insister qoì sopra un' osservazione che abbiam già fatta nel cominciar questo cap. IV, e che à per oggetto di additar la differenza che corre tra le obbligazioni alternative e le obbligazioni *facoltative*, di cui punto non parla il nostro capitolo, sebbene il trattato del Pothier se ne occupasse nello articolo precedente, qoello delle obbligazioni alternative (n. 243 a 244) e quantunque parecchi casi ne presentino i testi del Codice (V. segnatamente articoli 891, 1681).

591. L' obbligazione facoltativa è quella che à un solo oggetto, ma nella quale è tuttavia permesso al debitore di liberarsi facendo un' altra prestazione. Così, quando noi conveniamo che voi mi darete il vostro cavallo inglese, salvo però non preferiate pagarmi 6,000 fr. l' obbligazione è semplice nel suo obbietto, giacchè quest' obbietto è unicamente il cavallo; ma voi avete la facoltà di liberarvi da quest' obbligazione senza eseguirla direttamente, col pagarmi la somma di danaro: non già che questa somma formi qui un secondo oggetto dell' obbligazione; ma è *in facultate solutionis*.

L' obbligazione facoltativa non avendo che un solo oggetto, ne segue 1° che, se questo oggetto stesse fuor del commercio, l'obbligazione sarebbe nulla per manco d'oggetto: così, laddove l' obbligazione sarebbe valida se io avessi detto « m' obbligo a darvi un ciclope o 10,000 fr. »; perocchè essendo impossibile l' un degli oggetti, ne resta un secondo su cui cade l' obbligazione divenuta semplice (art. 1192), sarebbe nulla, per contrario, s' io avessi soltanto promesso il ciclope come unico oggetto del mio debito, riserbandomi la facoltà di sostitoirvi i 10,000 fr.; 2. che la natura mobiliare o immobiliare dell' obbligazione è immediatamente cognita, essendo determinata dalla natura dell' unico obbietto: così, quando io prometto di darvi la mia casa, tranne preferisca pagarvi 20,000 fr. il vostro credito è immobiliare; e ancorchè io non vi dessi che i 20,000 fr., io sempre soddisfo un credito immobiliare; 3. che il creditore non à mai se non una cosa da domandare, ovvechè nell' obbligazione alternativa dee aver cura (salvo a lui s' appar-

partenga la scelta) di non domandare il tal oggetto anzichè il tal altro, ma di conchiudero al pagamento dell' uno o dell' altro; 4. infine che, se l' obbietto unico venga a perire per caso fortuito, l' obbligazione è estinta, quandochè sussisterebbe sempre, se la seconda cosa fosse stata un degli oggetti alternativi del debito (art. 1193).

SEZIONE IV.

Delle obbligazioni solidali.

592. La classe delle obbligazioni solidali non è precisamente uno de' membri d' una divisione principale, come sono la classe delle obbligazioni condizionali (opposte alle obbligazioni pure e semplici), quella delle obbligazioni a termine (opposte alle obbligazioni attualmente esigibili), e quella delle obbligazioni alternative (opposte alle obbligazioni semplici o alle facoltative): è piuttosto un de' membri d' una *suddivisione*, o per aver qui una classificazione esatta, vuolsi risalir più in su de' testi del Codice.

Difatti l' obbligazione *solidale* (quella cioè in cui più creditori o più debitori trovansi congiunti, di guisa che uno qualunque fra essi à dritto di domandare il tutto o può esser astretto a pagar il tutto) s' oppone naturalmente all' obbligazione in cui più creditori o più debitori sono egualmente congiunti, ma senza solidalità o per modo che ciascun creditore non possa domandare al debitore, o ciascun debitore non sia tenuto di pagare al creditore, che la sua parte del debito. Laonde l' obbligazione solidale non è che una delle specie dell' obbligazione *congiunta*. Questa non è anch' essa che una delle due specie dell' obbligazione che presenta più creditori o più debitori e che si può genericamente appellare obbligazione *molliplice*. La pluralità, infatti, può esistere, per creditori e per debitori i quali, invece d' avere questa qualità congiuntivamento, l' abbian solo disgiuntivamente, ossia alternativamento: tal sarebbe il caso d' un testamento che incaricase l' erede di pagar una somma a Pietro o a Paolo, a sua scelta. Da ultimo, l' obbligazione molteplice forma un de' membri della divisione il cui secondo membro ci offre l' obbligazione semplice o *unica*, val dire quella che à un sol creditore e un sol debitore.

Sicchè le obbligazioni considerate in quanto al numero de' creditori, si dividono da prima in obbligazioni uniche ed obbligazioni molteplici. L' obbligazione molteplice si suddivide in disgiunta e congiunta, secondo che i creditori e i debitori non son tali che alternativamente o lo sono tutti simultaneamente. Infine, l' obbligazione congiunta è ora congiunta propriamente e semplicemento, ora solidale.

Nell'obbligazione semplicemente congiunta, in cui ciascuno de' creditori non può domandare che la sua parte e ciascun de' debitori non è tenuto a pagare che la sua parte, la divisione fassi in tante parti uguali quanti sono i creditori o i debitori; ma è chiaro che il titolo costitutivo potrebbe stabilire delle parti inuguali fra diversi interessati.

593. L' obbligazione solidale, secondo ciò che si è detto, è quella nella quale la totalità dell' oggetto (*solidum*) può in virtù del titolo costitutivo o d' una disposizione formale della legge, venir domandata da uno qualunque dei creditori congiunti o ad uno qualunque dei debitori congiunti, salvo dopo il pagamento, la divisione del beneficio o della spesa fra tutti gl' interessati.

Quest' obbligazione solidale anch' essa si suddivide (e vedremo più innanzi che quest' ultima distinzione importa all' intelligenza di certi casi), in perfetta e imperfetta. La solidalità perfetta o propriamente detta è quella che produce tutti gli effetti indicati dalla legge, di guisa che non pure sottomette ciascuno dei debitori all' azione del creditore per tutto il debito, ma altresì li rende soci e mandatari gli uni degli altri *ad conservandum obligationem*, talchè esempligrazia interrompendo la prescrizione contro un di essi, il creditore verrebbe a interromperla contro di tutti. La solidalità imperfetta è quella che obbliga pure ciascun dei debitori per la totalità del debito, ma senza che sieno perciò rappresentanti gli uni degli altri, senza che il creditore potesse quindi invocar contro l' uno l' interruzione di prescrizione che à operata contro l' altro, e senza che la piupparte delle altre regole della nostra sezione potessero applicarsi. Si potrebbe dire usando di un' espressione del Dumoulin, che il debitore, tenuto nella solidalità perfetta *in totum et totaliter*, è tenuto allora soltanto *in totum*, ma non *totaliter*, non con le circostanze che incontreremo negli articoli a cui giungiamo.

Avremo esempi di solidalità imperfetta nell' art. 1201 e 1202. Del resto, quando adoperiamo la parola *solidalità* senz' aggiungere altro, noi parliamo in generale della solidalità perfetta.

594. Ei non si vuol confondere l' obbligazione solidale coll' obbligazione *indivisibile*, di cui tratterà la sezione seguente. Se, nell' obbligazione indivisibile, l' oggetto può esser domandato tutto intero a un solo dei condebitori, gli è unicamente perchè que-

st' oggetto non può dividersi; laddove, nell' obbligazione solidale, l' oggetto può esser domandato per intero, benchè sia perfettamente divisibile, come quando si tratti, per esempio, d' una somma di danaro. Sicchè, laddove alla morte d' uno de' debitori dell' obbligazione indivisibile, ciascuno de' suoi eredi può esser ricerco pel tutto e non per parte, poichè non ammette parti l' oggetto dell' obbligazione, nell' obbligazione solidale, al contrario, ciascuno degli eredi del condebitore defunto non potrà esser ricerco che per *la* sua parte ereditaria; atantechè l' obbligazione solidale resta perfettamente divisibile; e per conseguenza, alla morte d' uno dei debitori, si divide *ipso jure* fra suoi eredi, i quali s' àn da prendere tutti insieme quando si vuol ottenere il risultato che si poteva asseguire con un solo de' condebitori primitivi (articoli 1217 a 1219 e 2249 2°).

595. Del resto, la solidalità fra creditori è rarissima; e ciò si comprende, dacchè essa pare non presenti altra utilità che di agevolare la riscossione del credito, permettendo a ciascuno degl' interessati di fare per la totalità del credito quegli atti che altrimenti non avrebbe potuto fare se non per la sua parte. All' incontro, la solidalità fra debitori avendo per effetto d' offrire una gran garenzia al creditore, permettendogli di agire contro ciascun obbligato per tutto, si comprende di leggieri che sia frequentissima. Quest' ultima è la sola che risulta di pieno dritto dalle disposizioni del Codice; la prima non esiste mai fuorchè quando è scritta nel titolo costitutivo del credito.

§ 1.°

Della solidalità dal canto dei creditori.

1197. [1150] L' obbligazione è solidaria tra più creditori, quando il titolo espressamente attribuisce a ciascuno di essi il diritto di chiedere il montare del credito, ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, ancorchè il beneficio dell'obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori.

596. Le espressioni del nostro articolo « *ancorchè* il beneficio dell' obbligazione sia divisibile fra creditori » parrebbero indicare esser questo un caso eccezionale; eppure è il caso ordinario, come ci proverà il comma 2° dell' articolo seguente; o Duranton, *il quale* nel suo *Trattato dei contratti* (II-512) aveva insegnato non essere per principio il beneficio del credito divisibile fra' diversi creditori, à riconosciuto nel suo *Corso di dritto* (XI-172) che questa regola del dritto romano si trova falsa sotto il Codice civile.

Il Pothier, è vero, scrivendo sotto l' influenza delle idee romane, che il Codice à rigettate, dava ad esempio dell' obbligazione solidale quella che nascerebbe da un testamento il quale dicesse: « Il mio erede darà ai Carmelitani o ai Giacobiti, a sua scelta, una somma di 100 lire. » Ma egli è aperto, ad onta dell'idea contraria del Duranton (XI-165 e 166), non esser questo altrimenti un caso di solidalità fra creditori; merecchè in diffinitiva non vi sarà che un solo creditore, cioè o il convento dei Carmelitani o l' altro, a scelta dell' erede. Quest' erede, ricerco da uno dei conventi, sarà in libertà di dirgli che non gli dee nulla e che intende dare all' altro la somma. Tal' è l' obbligazione alternativa (non già in quanto all' oggetto, ma in quanto al soggetto) da noi designata di sopra sotto il nome d' obbligazione moltiplice *disgiunta*. Ma, se i creditori non son tampoco congiunti, come volete che sieno solidali?

Vero è ancora che, fuori del caso indicato dal Pothier, altri posson trovarsene in cui il beneficio neppur sarebbe divisibile fra i creditori e dovrebbe ad un solo appartenere. Così, quando io vi presto 10,000 fr. e per facilitare la restituzione di questa somma stipulo, che potrà esservi domandata alla scadenza, sia da me, sia da Pietro, è evidente che Pietro, benchè sia creditore nella forma e in rispetto a voi, non lo è punto in realità o rispetto a me; è evidente che l' intera somma è dovuta a me solo, quandanco fosse stato pagata a Pietro. Ma non è già questo il caso più ordinario: la divisione del beneficio tra' diversi creditori è il dritto comune, e la sua attribuzione ad un solo è l' eccezione.

1198. [1151]. Il debitore ha la scelta di pagare o all' uno o all' altro dei creditori solidarii, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda.

Ciò non di meno la condonazione fatta da un solo dei creditori solidarii, non libera il debitore che per la porzione di questo creditore.

597. Ciascuno dei creditori solidali essendo il rappresentante degli altri, ne segue naturalmente: 1° che il debitore, prima d' ogni azione, è libero di pagare a quello

cui più piaccia, poichè ciascuno à capacità per ricever tutto; 2° che una volta intentate le azioni da uno dei creditori, il pagamento dovrà a quello esser fatto, e il debitore non potrà sfuggire all' azion di lui, dichiarando di voler pagare a un altro, postochè questo creditore à qualità per agire a nome di tutti.

Il Pothier (n° 260-4°) decideva, che la remissione del debito fatta da un sol creditore estinguesse il debito interamente. Era la riproduzione della regola romana, la quale era una conseguenza delle parole sacramentali della remissione: *Acceptumne habes?* diceva il debitore; e il creditore: *acceptum habeo.* Sicchè riconoscendo il creditore d'aver ricevuto tutto, e avendo in fatti qualità per ricever tutto, il debitore era liberato pel tutto: *acceptilatione unius tota solvitur obligatio* (Inst. l. 3, t. 29, 1; Dig. l. 45, t. 2; 2). Tra noi, non ci à più parole sacramentali, non più sottigliezze che vengano a contraddire i veri principî d'equità, e di giustizia, e il creditore congiunto, arbitro assoluto della sua parte, non è più per le parti dei suoi cointeressati che un semplice mandatario, il quale non potrebbe aver missione di nuocere ai dritti dei suoi mandanti.

598. Sicchè la remissione fatta dal creditore non à effetto che per la sua parte, come dice espressamente il nostro 2° comma. — E lo stesso dicasi della novazione ch' egli consentisse; essendo evidente che il mandato per ricevere un debito non porta punto il dritto di trasfermarlo in un altro debito. — Noi pensiamo che la cosa stia del pari per la compensazione, malgrado la contraria opinione del Duranton (XI — 178); giacchè io non posso evidentemente compensare con un mandante ciò che mi è dovuto dal suo mandatario (art. 1294); la medesima regola vale per la confusione, ossia pel caso in cui il debitore è divenuto erede d'uno de' creditori o reciprocamente; dappoichè la confusione non produce il suo effetto che pe' dritti attivi o passivi propri alle due persone, l'una delle quali succede all'altra (art. 1209, 1301). Ma, in quanto alla sentenza ottenuta dal debitore contro l'uno de' creditori, ei ci sembra, nonostante la dottrina contraria del Duranton (n. 179) che avrebbe il suo effetto per l'intero credito; attesochè questa sentenza trovasi resa contro tutti i creditori, rappresentati da colui che aveva mandato di agire per essi. Altrimenti sarebbe ben inteso, se il creditore si fosse lasciato condannare per collusione; e i creditori congiunti potrebbero allora far cadere la sentenza con l'opposizione di terzo.

1199. [1152]. Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno dei creditori solidarj, giova egualmente agli altri creditori.

599. Essendo ciascun creditore il mandatario legale degli altri è chiaro che, quando egli fa un atto interruttivo di prescrizione, lo fa a pro de' suoi mandanti come a suo pro. Ma bisogna guardarsi dal conchiuderne, come fa il Duranton (XI — 180), che la sospensione della prescrizione a benefizio d'un creditore gioverebbe dal pari agli altri (art. 2252). Che un mandante possa invocar gli atti eseguiti dal mandatario che agisce per lui, è di ragione; ma che potesse eziandio applicare a sè medesimo i benefizî risultanti pel suo mandatario dalla costui minorità o dall' interdizione, ciò è affatto insostenibile. Epperò l'idea del Duranton è rigettata dagli autori e dagli arresti (1).

§ 2.

Della solidalità da parte de' debitori.

1200. [1153]. L'obbligazione è solidaria per parte de' debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascheduno possa essere astretto al pagamento per la totalità, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore.

1201. [1154]. L'obbligazione può essere solidaria, ancorchè uno dei debitori sia obbligato in modo diverso dall' altro al pagamento della medesima cosa; per esempio, se uno non è obbligato che condizionalmente, mentre l'obbligazione dell' altro è pura e semplice, ovvero se uno abbia preso un termine a pagare che non è accordato all' altro.

SOMMARIO.

I. Osservazioni sul testo de' due articoli.
II. La solidalità risulta bene dalle obbligazioni che più debitori assumano successivamente e con atti separati. Essa è, secondo i casi, perfetta o imperfetta. Errore del Duranton e dello Zachariae.

I. — 600. Il testo di questi articoli dà luogo ad osservazioni che faremo seguire dalla disamina d'una quistione altamente controversa fra gli autori.

(1) Merlin, *Rep.* V.° *Prescr.*, sezione I, § 7; Troplong, *Prescrizione*, II, 739; — Rig. c. civ. 30 mag. 1814; Rig. 5 dic. 1826; Ric. 23 feb 1832 (Dev. 32, 1, 537).

E innanzi tratto, la difinizione che dà l'articolo 1200 dell' obbligazione solidale è troppo vaga, troppo poco precisa, o converrebbe all' obbligazione indivisibile non meno che all'obbligazione solidale; perocchè, nell' una come nell' altra, ciascun debitore può essere astretto per la totalità, e il pagamento da lui fatto libera i suoi condebitori. Dalla spiegazione che abbiam data nel principio della sezione si è veduto che, per non confondere queste due specie di obbligazioni, è forza distinguere se ciascun debitore si trovi tenuto pel tutto in virtù della dichiarazione, sia del titolo costitutivo, sia della legge, o soltanto in virtù della natura dell' oggetto dovuto.

Semplicissima è la disposizione dell' art. 1201... Comunque non sia dovuta che una cosa sola, tuttavia, posto che ci à più debitori, più legami o almeno un legame che avvince più persone, egli è patente che queste diverse persone possono dover la cosa in un modo diverso, l' una a termine, l' altra immediatamente, questa sotto condizione, quella puramente. — Quando noi abbiam convenuto che Pietro e Paolo mi dovranno solidalmente 800 fr., ma con una dilazione di tre mesi per quest' ultimo, è chiaro che durante i tre mesi io non posso agire che contro Pietro, e che solamente dopo il termine potrò, a mia scelta, rivolger la domanda all' uno o all' altro. Quando noi abbiam detto che Pietro mi dovrà 800 fr., che, se la tal nave ritornerà, Paolo me li dovrà con solidalità fra loro, il debito di Paolo e la solidalità non esistono che condizionatamente; vi sarà obbligazione solidale, se la nave ritornerà; se non, vi sarà soltanto un debito puro e semplice, unico, Pietro soltanto sarà tenuto.

II. — 601. Ma, se la solidalità può così risultare, anche immediatamente, dall' obbligazione che due debitori assumano in un modo diverso, potrebbe eziandio risultare dall' obbligazione che questi debitori assumessero successivamente e con due atti separati? Così, Pietro si è obbligato il 1 luglio a pagarmi 800 fr. alla tal' epoca: il 10 luglio Paolo sottoscrive anch' egli l' obbligazione di pagarmi gli stessi 800 fr. che già mi dee Pietro: sono Pietro e Paolo condebitori solidali? Questa quistione che il Toullier avea risoluta in un modo esattissima, o sulla quale non si può rimproverare al Delvincourt fuorchè di non aver abbastanza precisato il suo pensiero, à dato luogo più recentemente, da parte del Duranton e dello Zachariae, alle idee più false. Il Duranton (XI-188), la cui dottrina è giudicata dal Dalloz altamente razionale (sez. V, ort. 1, n. 12) fa una distinzione, secondo la quale la solidalità avrebbe o non avrebbe luogo, a norma che il secondo atto si riferisce o non si riferisce punto al primo. Lo Zachariae (t. II) insegna che non pure non àvvi allora obbligazione solidale, ma che non è tampoco un' obbligazione molteplice e che quanti son gli atti tante sono le obbligazioni uniche indipendenti.

Queste due dottrine sono entrambe del pari inammessibili.

E in prima, la distinzione del Duranton non può qui servire a nulla e non tocca punto la quistione. Secondo lui, la solidalità esisterà o no a tenore che la seconda promessa si riferisca o no alla prima. Ma, se la seconda promessa non si riferisse punto alla prima, la controversia che il Duranton vuol troncare non sarebbe pur possibile. E di fermo, per potersi domandare se Pietro e Paolo sono o non sono debitori solidali, è d' uopo che il secondo atto dichiari che gli 800 fr. che mi promette Paolo son precisamente i medesimi 800 fr. già promessimi coll' atto anteriore da Pietro e ch' egli continua a dovermi: cotalchè io possa domandarli a quello de' due che più mi talenti, e che, pagando l'uno la somma, sia liberato l'altro. Questo è mestieri s'intenda bene. Imperocchè da una banda se Paolo m'avesse promessi 800 fr. senza riferirsi alla promessa anteriore di Pietro, io avrei allora *due crediti* di 800 fr. l'uno e non sarebbe punto da domandare se v'abbia solidalità. Da un altro canto, se la seconda promessa si riferisse alla prima, ma nel senso che gli 800 fr. saran dovuti da Paolo *in cambio di Pietro*, è chiaro che non anco potrebbe farsi parola di solidalità poichè io non avrei che un sol debitore. Laonde perchè si possa domandare se i due debitori sieno o no solidali, fa mestieri, che la seconda promessa si riferisca alla prima in maniera da costituire i due promettenti simultaneamente debitori del medesimo oggetto. La distinzione proposta dal Duranton e che sembra al Dalloz cotanto razionale trovasi dunque affatto insignificante per la soluzione della quistione.

La decisione dello Zachariae a sua volta non è meno strana della distinzione del Duranton. Quando l' oggetto che mi dee Paolo è precisamente l' oggetto che mi dee Pietro, o la prestazione che mi farà l' un d' essi libererà l' altro ed estinguerà il debito, è ben chiaro, che un sol debito io ò, benchè vi sieno più debitori. Or se non v' à, che un sol credito, che un sol debito, con più debitori, àvvi dunque un' obbligazione moltiplice. Ora in quale specie mai rientra cotesta obbligazione moltiplice? Essa non è un' obbligazione semplicemente congiunta, dappoichè ciascun debitore non vi dee soltanto una porzione, ma la totalità. È dunque una obbligazione solidale. Lo

Zachariae fonda la sua decisione sulla l. 12 *de duob. reis* (l. 44, tit. II.), la quale evidentemente non à fra noi applicazione possibile. Questa legge che prevede un caso d' obbligazione verbale, ossia contratta con istipulazione dice che, se uno stipolante interroga due persone e, rispondendo l' una all' istante, l' altra non venga a rispondere che il domani non vi saran mica due condebitori, atteso che il secondo promettente non sarà punto obbligato. Gli è che in effetti era dell' essenza della stipulazione che la risposta seguisse la domanda senza interruzione : *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet . . . si post interogationem aliud acceperit , nihil proderit, quomvis eodem die spondisset* (l. 45, t. I. 137). Giusta siffatto principio, la legge invocata dallo Zachariae diceva : *ne obligatum quidem intelligi eum qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit.* Invocando pure questa regola romana, lo Zachariae confessa col fatto che essa non può provar la sua tesi , postochè la detta regola consisteva in dire che il secondo promettente *non è punto obbligato*, quando lo Zachariae riconosce che fra noi lo è. Ma s' egli è obbligato, sonoci dunque due debitori per un medesimo debito; dunque il debito è moltiplice; e, siccome non è un debito solamente congiunto è dunque un debito solidale.

Sicchè avvi allora solidalità; ed è evidente, dacchè Pietro è tenuto *in totum, in solidum* e Paolo del pari; dacchè io posso domandare il tutto a quel de' due che più mi piaccia; e il pagamento fatto dall' uno libererà l'altro. Ma non è questa la solidalità propriamente detta, e per non aver distinte le due specie di solidalità lo Zachariae e il Duranton non ànno qui riconosciuta un'obbligazione moltiplice e solidale, e sonosi gittati nelle strane idee che abbiam rilevate. Questa non è punto la solidalità perfetta , quella che presenta il Codice e che à per effetto di rendere i condebitori mandatari gli uni degli altri; onde, tuttochè l' art. 1206 dichiari che l' azione diretta contro un debitore solidale interrompe la prescrizione rispetto a tutti, egli è ben chiaro che l'azione cui il creditore dirigesse qui contro Paolo non arresterebbe altrimenti la prescrizione che corre a prò di Pietro, il quale non ha dato a Paolo verun mandato , il quale forse non lo conosce tampoco e ad insaputa di lui probabilmente si è allo stesso debito obbligato.

Gli è questo dunque un caso di solidalità imperfetta, e l'avea compreso benissimo il Toullier, il quale ci dice (VI—723) che tutti i debitori debbano obbligarsi *nel medesimo tempo e nel medesimo atto* per istabilire *una solidalità* PERFETTA ; e che, se l' uno s' obbliga solidalmente il domani alla cosa che l' altro promise il dì innanzi, non vi sarà fra loro che una *solidalità imperfetta.*

Tal'era in sostanza il pensiero anche del Delvincourt, e quando egli dichiarava esservi solidalità nel caso preveduto, non intendeva già parlare della solidalità perfetta ; dappoichè non dava a questa solidalità che l' effetto *di obbligare ciascun debitore a tutto il debito*, senza parlare d' alcun' idea di società nè di mandato.

602. Del rimanente la sodalità eziandio propriamente detta potrebbe esistere fra le due persone che si sono così obbligate con intervallo e mercè atti separati ? Basterebbe che Pietro avesse dichiarato anticipatamente di consentire ad obbligarsi solidalmente con Paolo, o che il primo obbligato venisse, dopo che Paolo si è sottomesso alla solidalità, a dichiarare che intende sottomettervisi anch' egli. A dir breve, saravvi obbligazione solidale propriamente detta, ogni qual volta le volontà de' diversi obbligati sonosi riunite per sottomettersi di comune accordo alla solidalità. Il Toullier egualmente avea ciò ben compreso , poichè dice che la solidalità perfetta non risulterebbe punto dall' impegno di colui che il domani d' una obbligazione contratta solidalmente da più persone accedesse a questa obbligazione *senza loro ordine.* Intende bene dunque il Toullier che, se vi fosse ordine, volontà, assenso del primo obbligato, vi sarebbe solidalità perfetta tra lui e il secondo; benchè questi non si fosse obbligato che il domani e con un atto posteriore.

Che importa , di fatti , e il numero degli atti e l' epoca in cui son fatti ?... Se diffinitivamente i diversi obbligati si trovan d' accordo fra loro per esser mandatari gli uni degli altri ed àn manifestata la loro reciproca volontà a tal riguardo , questa convenzione aver debbe il suo effetto, e quindi ci à perfetta solidalità. Che se ciascun d' essi siasi obbligato alla totalità, ma senza mettersi in società , questa convenzione deve ancora aver un effetto, ed allora come si è veduto, si à la solidalità imperfetta. Tal' è la sola distinzione da fare.

1202. [1155]. L' obbligazione solidaria non si presume , ma debb' essere stipulata espressamente.

Questa regola non cessa fuorchè nei casi nei quali l' obbligazione solidaria ha luogo *ipso jure* , in virtù d' una disposizione di legge.

SOMMARIO.

I. La solidalità può qui risultare o da un titolo o dalla legge. Nel primo caso l' espressione non a nulla di

sacramentale e non à pur mestieri d'essere speciale. Errore del Duranton.

II. Solidalità legate. L' art. 55 che la pronunzia pe' misfatti e pe' delitti non si estende nè ai quasi delitti nè alle contravvenzioni.

I. — 603. Abbiam già detto che la solidalità fra debitori può risultare o dal titolo costitutivo o dalla legge, ovechè la solidalità tra creditori non risulta che dal titolo e non può mai esistere di pieno dritto. Ma, per esprimere quest' idea, non s' avrebbe già a dire, come fa il Duranton (somm. del n° 184 e com. 3 del n° 194), che la solidalità possa qui essere *convenzionale* o legale, laddove non potrebbe aver luogo nell' altro caso che mercè *una convenzione*; dappoichè la solidalità può esistere, anche nei casi in cui non à luogo di pieno dritto, senza risultar perciò da una convenzione: può benissimo essere stabilita per testamento.

Ei non è necessario, per altro, a stabilire la solidalità nel titolo, d' impiegar le parole *solidalmente*, *solidale*; e se il nostro articolo, come l' art. 1197, esige che la stipulazione di solidalità sia fatta espressamente, non domanda che sia espressa in una guisa piuttosto che in un' altra: qui convien dire, come per l' espressione della dispensa dalla collazione, che essa non à nulla di sacramentale e che non à d' uopo tampoco d' essere speciale. Nulla di sacramentale, e la solidalità sarà certo chiaramente espressa quando si sarà detto che le parti si obbligano *ciascuna pel tutto, l' una per l' altra* ecc. Senza bisogno di espressione speciale, di clausola *ad hoc*; e basta che i giudici del fatto, chiamati a interpretare l' atto, veggano nel suo contesto la manifestazione dell' intenzione di stabilire la solidalità.

II.—604. Fra gli altri casi di solidalità legale possonsi vedere gli art. 396, 1033, 1448, 1886 ecc., e altresì l' art. 55 C. pen. Secondo questo articolo, gli autori di misfatti o delitti (ma non quelli di semplici contravvenzioni) son tenuti solidalmente per le multe le restituzioni i danni e interessi e le spese a cui son condannati: si sono associati per mal fare, la legge gli associa per la riparazione del danno, senza punto distinguere, come fece molto erroneamente un arresto di Bordeaux del 16 febb. 1829, se le condanne sieno state pronunziate da' tribunali criminali o dalla giurisdizione civile.

Non bisognerebbe però inferirne, che lo stesso sia per gli atti che appellansi *delitti* in materia civile e che formano co' quasi *delitti* la 3a e 4a sorgente d' obbligazioni. I delitti civili, come si vedrà al cap. II del titolo seguente non son mica gli atti che si domandano *delitti* in materia criminale. Senza dubbio la pluipparte de' delitti criminali costituiscono eziandio de' delitti civili; ma àvvi qualche delitto criminale che non è punto un delitto civile, e reciprocamente ànnoci di molti delitti civili che non son mica delitti criminali. Ora, comunque gli autori molteplici d' un delitto civili si trovino, per la natura delle cose, responsabili ciascuno pel tutto (poichè ciascuno à cagionato di fatto e d' intenzione l' intero danno), tuttavia, siccome non esiste nè titolo nè testo di legge che li costituisca debitori solidali, non si potranno applicar loro le regole della solidalità perfetta; essi non saranno altrimenti mandatari e rappresentanti gli uni degli altri; onde l' azione che interromperebbe la prescrizione contro l' uno non la interromperebbe contro tutti (art. 1206); la domanda d' interessi fatta contro di lui non li farebbe correre contro gli altri (art. 1207); ed egli potrebbe eziandio invocare il beneficio di divisione (art. 1203).

È dunque qui, come nel n. II dell' art. 1201, un caso in cui ciascun debitore è in verità tenuto pel tutto, ma senza che vi sia solidalità propriamente detta; e nel senso d' una solidalità imperfetta e che non produca tutti gli effetti indicati nella nostra sezione è forza intendere, che voglia armonizzarli con la regola formale del nostro articolo, i numerosi arresti che ànno ammessa la solidalità nel caso in che versiamo (1).

605. Il Duranton (XI-194), il quale riconosce come noi che l' art. 55 C. pen. non permette d' estendere la solidalità agli autori dei quasi delitti, insegna al contrario che la sua disposizione deve applicarsi alle semplici contravvenzioni come a misfatti o delitti. Noi non possiamo ammettere questa idea stata già confutata dal Toullier (XI-161) con una precisione ed un' energia che, a quanto pare, richiedevano qualcosa più della dichiarazione pura e semplice del dotto professore di Parigi. « Noi crediamo, dice il Duranton, che la parola *delitto* nell' art. 55 aia un' espressione energica, la quale vada eziandio applicata alle semplici contravvenzioni, » non dà veruna ragione di tal credenza. Ma come aveva osservato benissimo il Toullier, questo significato generico è evidentemente inammessibile, dacchè il Codice penale, dopo fermata per principio e dal suo primordio la distinzione capitale de' misfatti, de' delitti e delle contravvenzioni

(1) Nancy 18 mag. 27; Parigi 26 f. 29; Rig. 20 f. 36; Rig. 8 nov. 36; Rig. 12 nov. 37; Bordeaux 9 f. 39; Rig. 29 g. 40 (Dev. e Car. 36, 1, 293; 37, 1, 964; 39, 2, 499; 40, 1, 369).

(art. 1), non s' occupa che de' *misfatti* o de' *delitti* in ciascuno de' capitoli de' tre primi libri (in cui si trova l'art. 55), e non giunge alle contravvenzioni che nel libro quarto ; e lo stesso art. 55 ha cura di non dichiarare tenuti solidalmente che « gl' individui condannati *per uno stesso misfatto o per uno stesso delitto*. » Sicchè l'articolo prevede distintamente i due casi, badando bene di non aggiungere il terzo ; e il suo testo, nonchè il luogo che questo occupa, rendon impossibile l' idea del Duranton. Si parlerà forse d' analogia ? Ma oltre ch' essa non esiste (poichè i misfatti o i delitti son cose più gravi e più severamente punibili delle contravvenzioni e de' quasi delitti), è il Duranton che ci dice nel medesimo n.° 194 che « pronunziare per analogia sarebbe un' ampliar la legge precisamente in una materia in cui la stessa legge vieta che si estendano le sue disposizioni ».

1203. [1156]. Il creditore in virtù di una obbligazione contratta solidariamente può rivolgersi contro quello fra i debitori che il creditore stesso vuole scegliere, senza che il debitore possa opporgli il beneficio di divisione.

606. Certi giureconsulti pensavano un tempo che il debitore solidale poteva invocare il benefizio di divisione, ossia rimandare il creditore, offrendogli la sua parte del debito, a domandare il resto agli altri debitori, per non pagargli il tutto, se non quando questi sarebbero insolvibili. I nostri redattori partendo dal principio che l' obbligato deve il tutto, e lo deve *totaliter*, ch'è incaricato di rispondere agli atti a nome di tutti i suoi condebitori, consacrando qui l' opinione di Pothier (n° 270) niegano espressamente al debitore siffatto benefizio di divisione. Ma è ben evidente che ciò non impedisca al debitore ricerche pel tutto di chiamare in garenzia tutti i suoi condebitori, del pari che costoro potrebbero intervenire senza essere da lui chiamati (Bordeaux, 19 ag. 1826).

1204. [1157]. Le istanze giudiziali fatte contro uno dei debitori non tolgono al creditore il diritto di promuoverne delle simili contro gli altri.

607. Gli atti fatti contro uno de' debitori non estinguono la obbligazione, finchè non sieno seguiti dal pagamento, sussistendo l'obbligazione, ciascuno dei debitori resta dunque tenuto per la totalità ; e sin d' allora il creditore è libero di lasciar colui ch'era stato sulle prime da lui ricerco per molestare gli altri. (Pothier, n° 271).

1205. [1158]. Se la cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora di uno o più debitori solidarj, gli altri condebitori non sono liberati dall' obbligo di pagare il prezzo della stessa ; ma questi non sono tenuti ai danni ed interessi.

Il creditore può ripetere soltanto i danni e gli interessi tanto dai debitori per colpa dei quali la cosa è perita, quanto da coloro che erano in mora.

608. Per principio, la perdita del corpo certo che facea l' obbietto dell' obbligazione, purchè sia avvenuta senza la colpa e senza il fatto del debitore (ed altresì prima della sua messa in mora, posciacchè la mora anch' essa è una colpa), estingue il debito (art. 130). Or siccome il fatto e la colpa d' uno fra più debitori sono estranei agli altri due e non sono per questi che casi fortuiti, ne segue che, ne' casi ordinari, la distruzione della cosa eziandio per la colpa d' uno de' debitori, libererà i suoi condebitori.

Noi poniam quì sullo stesso livello la colpa e il fatto. E di fermo, si è già veduto che il semplice fatto della persona, se non può far nascere un' obbligazione contro di essa, non può almeno estinguere la sua obbligazione preesistente, e che un debitore non è liberato per la perdita della cosa, se non quando questa cosa sia perita senza colpa nè fatto di lui, ossia per caso fortuito. Il Codice nel nostro articolo, come negli articoli 1193 — 1195, come nel 1302, comprende dunque sotto il nome di colpa il semplice fatto. Ce ne dà la pruova quest' ultimo articolo 1302, sede della materia; mercecchè fa vedere che la colpa, qual' esso la intende, esiste ogni volta che non v' abbia caso fortuito.

Sicchè ne' casi ordinari d' obbligazione congiunta la distruzione della cosa pel fatto o per la colpa di uno degli obbligati libera i suoi coobligati ; ma il nostro articolo dispone altrimenti pel caso in cui quest' obbligazione è solidale. Siccome, nel caso di solidalità, ciascun de' debitori è il rappresentante degli altri e loro mandatario *ad perpetuandam obligationem*, il legislatore ne conchiude col Pothier, che la perdita seguita per la colpa o pel fatto d' uno di essi lascerà sussistere l' obbligazione contro tutti.

609. Ad ogni modo, non potendo ritenersi, che i condebitori siensi dato mandato anche per accrescere l' obbligazione, nè segue che i danni e interessi che possono

aggiungersi all' obbligazione, attesa la colpa di colui che fa perir l' oggetto, restan suo debito proprio e non son dovuti da' condebitori suoi mandanti (Pothier, ivi.).

Altrimenti starebbe la cosa, se i danni-interessi fossero stati, in vista della colpa o del fatto, formalmente stipulati nel contratto; chè allora sarebbe una clausola penale convenuta pel tal caso preveduto, il qual caso venendo ad avverarsi, non vi sarebbe aumento dell' obbligazione consentita: non si eccederebbero, imponendo il debito a tutt' i contraenti, i limiti del contratto, e non si violerebbe la regola che il mandato esiste soltanto *ad perpetuandam obbligationem* e non *ad augendam*. Questa decisione, data dal Pothier (*ivi*, comm. ult.) è tanto men dubbia, in quanto vedremo il Codice farne l' applicazione nell' art. 1207 per gl' interessi moratori di somme di danaro, i quali essendo dei danni e interessi fissati per innanzi dalla legge (articolo 1153) sono da essa considerati come una clausola penale tacitamente compresa nel contratto.

1206. [1159]. Le domande giudiziali fatte contro uno dei debitori solidarj interrompono la prescrizione riguardo a tutti.

610. Ciascuno de' condebitori solidali essendo mandatario di tutti *ad perpetuandam et conservandam obbligationem*, è chiaro che le azioni dirette contro un solo arrestan la prescrizione contro gli altri nonchè contro lui stesso, e che altrettanto sarebbe del suo riconoscimento del debito (art. 2249 — 1.). Che se l' interruzione, invece d' avverarsi per uno de' condebitori, s' avverasse soltanto per uno degli eredi d' un condebitore, si comprende da quanto abbiam detto nel principio della sezione, che il debito, tuttochè solidale, essendosi diviso fra gli eredi del defunto, l' interruzione non avrebbe effetto che contro gli altri debitori se non per la parte per la quale l' erede rappresenta il defunto. Perchè vi fosse interruzione circa all' intero debito, converrebbe che questa interruzione avesse luogo contro tutti gli eredi del condebitore defunto (art. 2249 — 2, 3 e 4.).

1207. [1160]. La domanda degl' interessi proposta contro uno dei debitori solidarj fa decorrere gl' interessi riguardo a tutti.

611. Questa regola non è punto una conseguenza del fatto, che la messa in mora di uno de' debitori solidali sarebbe la messa in mora degli altri e farebbe così nascere contro tutti il debito di danni e interessi. Difatti questo principio consisterebbe in dire, che ciascun de' condebitori sia mandatario degli altri, anche *ad augendam obligationem*, ed abbiam veduto dall' art. 1205, che il Codice dopo Pothier rigetta quest' idea. Abbiam già detto che, secondo noi, la ragione del nostro articolo è che gl' interessi del danaro nelle obbligazioni di somme essendo i danni e interessi fissati *anticipatamente* dalla legge, si può dire esservi in quanto ad essi una clausola penale tacitamente stipulata, per forma che il loro debito, quando viene ad avverarsi, non eccede punto i limiti della convenzione primitiva e può venir esteso a tutti i debitori per la messa in mora d' un solo, senza violazione del principio, che il debitore messo in mora non avea mandato, fuorchè *ad perpetuandam et conservandam obligationem*.

La domanda d' interessi formata contro un solo de' debitori essendo legalmente fatta contro tutti, ne segue, secondo noi, che se un degli altri non è obbligato che condizionalmente o a termine, gl' interessi saranno del pari dovuti da lui, una volta che il termine sarà scaduto o che la condizione verrà ad adempirsi. E di fermo, la domanda si è trovata formata ed à prodotto il suo risultato, tanto contro lui quanto contro gli altri; salvo, beninteso, il benefizio della condizione o del termine, ossia che gl' interessi non cominceranno a decorrere se non dopo la scadenza del termine o l' avveramento della condizione.

1208. [1161]. Il condebitore solidario citato dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione, e tutte quelle che gli sono personali, e quelle pure ch' egli ha comuni con tutti gli altri condebitori.

Non si possono opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori.

SOMMARIO.

I. Cattiva redazione di questo articolo che à voluto consacrare e completare l' antica dottrina del Pothier.
II. Le eccezioni si riducon tutte a due classi; *comuni e personali*.
III. Queste ultime si suddividono in *personali* e *meramente personali*.

I.—612. Pare che i compilatori del Codice, scrivendo questo articolo, abbian voluto parlare per non dir nulla e che non abbian osato guardar in viso le difficoltà che qui avean da risolvere. Dopo copiati i cinque articoli precedenti ne' numeri 270 a 273 di Pothier (tranne l' art. 1207, relativo agl' in-

teressi, de' quali il Pothier non parlava perchè non permessi a suo tempo) e prima di giungere a' numeri 276 e s., che egualmente saran copiati negli articoli 1209, 1210 ecc., i nostri redattori ànno evidentemente voluto riprodurre col nostro articolo 1208, ciò che Pothier diceva ne' suoi numeri 274 e 275.

Questi due numeri del Pothier si riducevano a cinque proposizioni; « 1. Il pagamento fatto da uno da' condebitori libera tutti gli altri. — 2. quando il condebitore, ricerco dal creditore, gli à opposta la compensazione perchè il creditore si trovava esser anche suo debitore per una somma uguale all' ammontar del credito (art.1289), i condebitori sono del pari liberati con questa compensazione come con un pagamento effettivo, — 3. che se il creditore a cui uno de' debitori poteva opporre la compensazione à diretta la sua azione contro un altro debitore, gli è un punto delicatissimo quel di sapere se costui, al quale nulla dee il creditore, non sarebbe però in dritto d'opporgli la compensazione, non già pel tutto, ma per la parte che il primo condebitore creditore del creditore, si trovi d' avere nel debito: il dritto romano dice no, il Domat dice sì; ma in ultima analisi, benchè sia pur molto dubbia l' affermativa, è da seguirsi nella pratica ad evitare il circuito di azioni— 4. la remissione che fa il creditore per estinguere il debito in totale, eziandio allorchè fatta ad un solo de' debitori, li libera tutti— 5. se il creditore non à consentita la remissione che pel debitore a cui l' à fatta, gli altri restan tenuti, ma salvo deduzione della parte del primo, deduzione la quale potrebbero sempre invocare, quand'anco il creditore avesse detto che intendeva conservar intero il suo credito contro di essi » (Poi viene una sesta decisione che il Codice riproduce, modificandola, nell' art. 1215).

Sicchè i condebitori solidali possono opporre a' creditori come causa che abbia operata la loro compiuta liberazione; 1. il pagamento fatto da uno d'essi; 2. la compensazione opposta da uno d' essi sull'azione che il creditore avea diretta contro di lui; 3. la remissione che questo creditore avesse fatta in modo pieno ed assoluto, comecchè non abbia fatta la convenzione di remissione che con un solo de' debitori. Possono medesimamente opporgli, ma soltanto come causa diminuente il loro debito solidale fino a concorrenza della parte del loro condebitore, 1. la compensazione che potrebbe opporre il condebitore non molestato dal creditore; 2. la remissione che il creditore à consentita pel solo debitore a cui la faceva.

Ecco, in riassunto, la decisione che presentava il Pothier e che i nostri redattori àn senza dubbio inteso consacrare e compielare co' principj più ampi scritti nel nostro articolo. Per mala sorte volendo generalizzar le regole, che il celebre giureconsulto precisava per taluni casi particolari, son caduti in una formola talmente vaga e sì poco metodica, che sarebbe difficilissimo, se non impossibile, cogliere il loro pensiero, qualora si stesse al loro testo.

613. L' articolo, il quale dà sulle prime il nome sommamente improprio di *eccezioni* a' mezzi qualichesieno, onde i debitori posson respingere l' azione del creditore, divide queste pretese eccezioni in tre categorie: distingue, 1. quelle risultanti dalla natura dell' obbligazione, 2. quelle personali a un debitore, 3. quello comuni a tutti. Or questa classificazione, malgrado l' opinione del Demante (II — 567), il quale tiene che *con ragione* l' abbia creata il Codice, ne par poco logica; chè la prima categoria, sembra a noi, rientra necessariamente nelle altre due. Infatti, pur quando l' obbligazione si trova nulla per un vizio radicale che la inficia nell' essenza sua, esempligrazia per errore o violenza, è chiaro che questo vizio à esistito o nel tempo stesso per ciascun de' debitori, talchè l' eccezione sarà comune a tutti, o soltanto per uno o per alcuni, onde l' eccezione sarebbe a costoro personale. Che se si vogliano, col Durantou (XI, 220-3.°) chiamar *eccezioni risultanti dalla natura dell' obbligazione* unicamente quelle dipendenti da un vizio che produca di necessità il suo effetto per tutt' i debitori, come il manco di causa o d' oggetto lecito (sebbene al pari di questi dipendano dalla natura dell'obbligazione i vizî d'errore o di violenza), è chiaro che queste eccezioni rientreranno tutte nella terza categoria, che saran tutte comuni a' varî debitori...

Checchè ai faccia, ei ne sembra ben impossibile, dopo aver distinte le eccezioni che son personali a certi debitori e quelle comuni a tutti, di trovare una terza categoria che a queste prime due si possa aggiungere. Epperò lo Zachariae (II) non ammette che queste due classi; e il Toullier (VI-737), il quale a prima giunta pare ammetta le tre cause, riproducendo a parola il testo del nostro articolo (com. 1 e 2), finisce col supporre, che due sole ce ne abbiano e che la prima rientri nella terza, poichè presenta appunto come esempio di quest' ultima (com. 3) il caso di obbligazioni *contrarie alle leggi* o *a' buoni costumi*, il che dovrebbe esser evidentemente un' eccezione risultante dalla natura dell' obbligazione.

II. — 614. Non posson dunque esservi che due classi d' eccezioni, le assolute, generali, *comuni*; le relative, particolari, *personali*.

Le prime comprendono 1. l' inesistenza o la nullità dell' obbligazione totale per manco di causa o per causa illecita, mancanza d' oggetto, oggetto illecito o fuori del commercio; 2. il pagamento effettuato, sia direttamente, sia per equivalente (mercè una dazione in pagamento, una novazione, la compensazione opposta dal debitore ricerco); 3. la remissione che il creditore avesse fatta del debito totale; 4. la prescrizione compiutasi; 5. l' avveramento di una condizione risolutiva o di una sospensiva che riflettesse l' obbligazione medesima ecc.

Le seconde risulteranno da cause proprie al tal condebitore: 1. l' avveramento della condizione sospensiva stipulata da questo condebitore soltanto; 2 la remissione che il creditore gli avesse fatta della sua parte; 3. il pagamento, la novazione, la dazione in pagamento che il creditore avesse accettato per la parte di questo condebitore (art. 1211), e altresì la compensazione che questi potesse opporre, finchè non è opposta da lui stesso sopra azioni dirette contro di lui(art.1291-3°); 4. la mancanza di consenso per errore, violenza (1),dolo del creditore; 5. l'incapacità di esso condebitore per minorelà, interdizione ecc.

III. — 615. Le diverse eccezioni personali non van messe tutte sulla medesima linea; ed a torto il nostro articolo di non esprimer chiaramente la distinzione che il secondo comma sembra indicare fra le eccezioni *personali* (*lato sensu*) e le eccezioni *puramente personali*.

Le puramente personali son quelle esclusivamente proprie ad uno de' condebitori o che gli altri non possono punto invocare; le eccezioni personali in un senso men rigoroso son quelle che uno soltanto degli obbligati può opporre pel tutto, ma che i suoi coobbligati posson invocare per la sua parte del debito, come spiegava il Pothier. Sicchè, quando l' una delle quattro persone che sonosi ordinariamente obbligate con un debito di 8, 000 fr. è minore, essa soltanto potrà invocare il benefizio della sua minor età, e ciascuna delle altre tre potrà esser ricerca per la totalità degli 8, 000 fr.: sarà un' eccezione meramente personale. Ma se, essendo capaci le quattro persone, si trattasse della remissione che il creditore fatta avesse del debito all' una di esse, dichiarando che a lei sola l' à fatta, è vero che questa potrà essa sola invocare l' eccezione pel debito intero, ma i suoi condebitori potranno opporla per la parte ch' ella dovea sopportare nel debito e non saranno più tenuti solidalmente che per 6, 000 fr. Difatti il creditore, sopprimendo intero il debito *relativamente* all' uno degli obbligati, à con ciò soppressa *assolutamente* e per tuttti la parte di quest' obbligato (Pothier *ivi*; analogia dell' art. 1010).

616. Ma qual sarà per avventura la linea di separazione fra le due classi d' eccezioni personali? la legge nol dice punto; ma ci sembra risulti dalla natura delle cose, e da'diversi testi del Codice non doversi riguardare come puramente personali che le eccezioni attinenti *alla qualità del debitore* e che non cadono sulla obbligazione fuorchè per contraccolpo a dir così ed in conseguenza di tal qualità; tali sono l'incapacità della persona per la sua qualità di minore, d' interdetto o di donna maritata, e la cessione di beni che fosse autorizzata a fare (art. 1068). Da una banda, infatti, è fuori dubbio che, per essere questa distinzione nel pensiero del legislatore, perciò, a fronte delle eccezioni puramente personali di cui parla il nostro 2° comma, il primo fa una classe a parte di tutte quelle che risultano *dalla natura dell' obbligazione*. D' altra banda, per uno dei debitori solidali, i suoi condebitori sono, in quanto alla parte del primo nel debito, come veri fideiussori; or l' art. 2036, vietando anche al fideiussore d' opporre le eccezioni puramente personali al debitore principale, gli permette d' invocare tutte quelle che sono *inerenti al debito*.

1209. [1162]. Quando uno dei debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l' unico erede d' uno dei debitori, la confusione non estingue il credito solidario che per la quota e porzione del debitore o del creditore.

617. Questa regola copiata do' redattori nel n.° 276 del Pothier è lungi d'esser formolata in modo soddisfacente e compito.

Quando il debitore d' un oggetto ne diviene anche creditore (sia per successione, sia altrimenti), o reciprocamente il creditore ne divien debitore, è chiaro che il debito e il credito trovansi estinti, non potendo altri esser debitore e creditore verso sè medesimo. Così, quando mio zio mi doveva 1,000 fr. ed io diventa l'unico erede di lui, è chiaro non esservi più nè creditore nè debitore; quando io doveva il tal cavallo a un amico, e divento legatario universale di questo amico, è chiaro non esservi più

(1) Veggasi le nostre note a pag. 251 e 263. *Il Tr.*

nè creditore nè debitore; quando io m'era obbligato verso Pietro a costruirgli una casa e Pietro mi vende o mi dona tutti i suoi crediti, è ben evidente che spariscono l'obbligazione e le sue conseguenze. Ciò esprime l'art. 1300 in un modo più generale del nostro e quindi più esatto, dicendo che la confusione estintiva de' due dritti (attivo e passivo) correlativi si opera tutte le volte che *le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona.* E di fermo, poco rileva per qual causa siasi operata la sostituzione legale del creditoro al debitore o del debitore al creditore.

Ma, allorchè trattasi d'una obbligazione che leghi solidalmente più persone, e le qualità che vengono a riunirsi su uno stesso capo son quelle di creditore e di semplice *condebitore*, non più pel tutto, ma solo per la parte di questo condebitore nel debito s'estinguono questo debito e il credito; di guisa che il creditore, il quale trovasi sostituito all'uno de' quattro condebitori, o quello dei quattro condebitori che divien creditore, può sempre agire contro ciascuno degli altri tre, ma soltanto pe' tre quarti del primitivo ammontare del debito.

Del resto, si comprende di leggieri non trattarsi, come noi diciamo, se non della parte che *il debitore* avea nel debito, e non già, come dice l'articolo, della parte «del debitore *o del creditore.*» Infatti, poichè si tratta nella nostra sezione d'obbligazioni esistenti contro più condebitori a favore d'un sol creditore, è ben chiaro non esservi punto *parte del creditore.* Questo vizio, il quale come tanti altri prova con quale inattenzione è stato redatto il nostro Codice, si trova sostituito da un altro nell'art.1300, ove si dice che la riunione delle duo qualità di creditore e di debitore *estingua i due crediti*: è chiaro che conveniva dire *i due dritti* attivo e passivo, *il credito e il debito.*

618. Un ultimo appunto da fare al nostro articolo è di non aver preveduto che i casi in cui il condebitore trovasi sostituito al creditore o il creditore al condebitore, *pel tutto*, come erede *unico*, senza parlar del caso, non men frequente, in cui solo per parte l'uno divenisse rappresentante dell'altro. Ma questo caso non può offrir difficoltà; essendo evidente che la confusione, benchè meno ampia, si opererà sempre secondo gli stessi principi. Così se l'uno de' tre debitori solidali muoia lasciando tre eredi, l'un de' quali è il creditore, vi sarà confusione solo per 1/9; sicchè questo creditore potrà domandare 8/9 all'uno o all'altro de' due rimanenti debitori.

Per esempio, Pietro, Paolo e Giacomo son debitori solidali di 900 franchi a mio favore; io divengo erede di Giacomo per un terzo, con Primo e Secondo. Io posso domandare a Pietro 800 franchi (salvo il suo regresso contro Paolo per 300, contro Primo per 100 e contro Secondo per 100, che fan 500, di guisa ch'egli non sopporterà che il suo terzo, ossia 300 franchi). Lo stesso è per Paolo. — In quanto a' miei due coeredi, ciascuno d'essi non rappresentando, come me, il debitore defunto che per un terzo, io non posso domandargli che un terzo, ossia 300 franchi (salvo ancora a colui che à pagato questi 300 franchi a ricorrere contro Pietro e Paolo per ciò che eccede la sua parte contributiva, ossia per 200 franchi: 100 contro Pietro e 100 contro Paolo).

1210. [1163]. **Il creditore che acconsente alla separazione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva la sua azione solidaria contro gli altri, dedotta però la porzione del debitore ch'egli ha liberato dall' obbligazione solidaria.**

619. Qui punto non si tratta della remissione *del debito* che facesse il creditore all'uno de' debitori, remissione di cui abbiam favellato sotto l'articolo 1208; ma della remissione che gli fa *della solidalità* soltanto. Così Primo, Secondo e Terzo mi debbano solidalmente 12,000 franchi, ed io rinunzio per rispetto all'ultimo ad agir contro di lui per più di 4,000 franchi; cotalchè egli rimane pur sempre mio debitore, ma per la sua parte soltanto e non più debitore solidale.

Ma poichè il debitore, onde trattasi nel nostro articolo, riman sempre tenuto per la sua parte nel debito, e per conseguenza vi rimane per rispondere come i suoi condebitori, al regresso di quello che potrebbe trovarsi astretto a pagar la totalità, non vi era dunque ragione alcuna, alcun pretesto di qui restringere il dritto che à il creditore di agir contro gli altri debitori; e il Demante tenta invano (II — 659) di giustificar la disposizione finale del nostro articolo, disposizione contraria alla dottrina del Pothier (n° 277).

Il Demante dice che la legge à veduto nella divisione consentita dal creditore l'intenzione di detrarre dal debito solidale la parte del debitore; ma, se il creditore avesse avuto tale intendimento, avrebbe operata la detrazione, avrebbe fatto per la parte del condebitore non una semplice remissione della solidalità, ma una remissione proprio del debito.

Questa disposizione finale del nostro articolo è sì poco razionale che il Delvincourt, il Duranton (XI — 231) e lo Zachariae (II) non potendo credere che il Codice abbia così voluto senza motivo discostarsi dalla dottrina del Pothier, insegnano che il nostro articolo non intende parlare che d'una divisione consentita mediante un pagamento effettivo che il debitore fa della sua parte, o non già d' una rinunzia pura e semplice alla solidalità. Ma gli è fuor di dubbio un errore che la semplice lettura dei lavori preparatori sì stranamente negletti avrebbe evidentemente prevenuto.

620. Difatti la prima redazione del nostro articolo 1210 (che allora, era il 112) redazione in cui si andava ancor più lungi dalla dottrina del Pothier, era questa: « Il creditore perde ogni azione solidale *quando consente alla divisione del debito* rispetto ad uno de' debitori; e lo stesso è a dirsi *quando riceve divisamente la parte* di uno de' debitori, salvo ec... » Dopo di che veniva un secondo comma. Certo è ben chiaro, che il primo caso, quello d' un creditore che consenta alla divisione, non s' intendeva di una divisione consentita, mercè il pagamento effettivo d' una parte di debitore, poichè ai aggiungeva come secondo caso distinto, quello in cui il creditore riceve divisamente questa parte . . . Comunicandosi officiosamente il progetto al Tribunato, la distinzione fra' due casi e la verità che qui vogliam farne risultare divennero ancor più palpabili.... La sezione, dice il processo verbale, avvisa che ne' due casi preveduti dal primo paragrafo il creditore non debba punto perdere la sua azion solidale ... Per coordinar meglio gli articoli, la disposizione dell' articolo 112 (il nostro 1210) parlerà d'un sol caso, quello in cui il creditore consente alla divisione del debito. In quanto a quello in cui il creditore riceve divisamente la parte di uno de' debitori, la disposizione che vi si riferisce sarà allogata nell' articolo 113 (ora il 1211). »

Si vede dal testo del Codice che i mutamenti domandati dal Tribunato furono effettuati, e resta dimostrato che, se il Demante à il torto di voler giustificare il nostro articolo, il Duranton, lo Zachariae ecc. ànno il torto più grave di falsarne il senso. Un simile rimprovero avrem da fare a questi autori e al Toullier sull' articolo 1215.

Del resto poichè il nostro articolo è evidentemente contrario a' veri principî e altresì all'interesse de' debitori (poichè, rendendo la remissione di solidalità più onerosa pel creditore di quel che dovrebbe essere, si viene a renderla più rara), bisognerebbe adunque guardarsi dall' estenderne la disposizione oltre i suoi termini; e vuolsi riconoscere, che il creditore conserverebbe il dritto di agire pel tutto e senza deduzione, se avesse fatta la remissione della solidalità con questa espressa riserva.

1211. [1164]. Il creditore che riceve separatamente la parte di uno dei debitori senza riservarsi nella quietanza la *solidarietà* o i suoi diritti in generale, non rinunzia alla obbligazione solidaria che riguardo a questo debitore.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dall' obbligazione solidaria, quando ha ricevuto da questo una somma eguale alla porzione per cui è obbligato, se la quietanza non dichiari che la riceve *per la sua parte*.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno de' condebitori *per la sua parte*, se questi non vi ha aderito, o se non è emanata una sentenza di condanna.

621. L'articolo precedente ci à parlato della remissione della solidalità accordata espressamente; questo si occupa della remissione tacita che produce nè più nè meno gli stessi effetti.

La legge fa risultare questa tacita remissione da due circostanze. Essa à luogo in prima quando il creditore riceve da un de' debitori una somma eguale alla sua porzione nel debito e la riceve scrivendo nella quietanza che è *per la parte* di questo debitore e senza fare d' altronde veruna riserva. Che se, pur dicendo di aver ricevuto la tal somma *per la parte* del debitore, il creditore avesse però riservata la sua solidalità, non fosse altro che con questi termini generali : « senza pregiudizio de' miei dritti, senza punto nuocere a' miei dritti, ec.» questo due dichiarazioni neutralizzandosi a vicenda e non dovendo così di leggieri presumersi la rinunzia alla solidalità, non vi sarebbe altrimenti remissione di questa (Pothier, n° 277, 5°, 6° e 7°). La remissione tacita à luogo eziandio allorchè, avendo il creditore convenuto uno de' debitori per la sua parte, sia intervenuta o un'acquiescenza di quest'ultimo o una sentenza che lo condanni a pagar questa parte. Finchè non sia venuta a formare il contratto l'acquiescenza del debitore, o che il quasi contratto giudiziario non sia risultato da una sentenza di condanna, la domanda fatta dal creditore non produce lo effetto e può esser da lui ritirata. Si comprende egualmente che la remissione tacita sarebbe non avvenuta se il contratto formato mediante l'acquiescenza

del debitore venisse a cadere, sia in grado di appello, sia in cassazione o altrimenti.

1212. [1165]. Il creditore che riceve separatamente e senza riserva la porzione di uno dei condebitori nei frutti maturati o negli interessi del debito, non perde la *solidarietà* che per i frutti od interessi scaduti, non già per quelli a scadere, nè per lo capitale, eccetto che il pagamento separato siasi continuato per dieci anni continui.

622. Il pagamento d'interessi o di annualità che il creditore abbia riconosciuto di ricevere da uno de' debitori *per la parte* di questo e senza punto far riserve, opera, giusta quanto abbiam detto, la remissione della solidalità, ma evidentemente non l'opera se non per gl' interessi scaduti che esso debitore sia stato ammesso a pagare per la sua parte, non già per gl' interessi futuri, e meno ancora pel capitale. Se tuttavia i pagamenti così fatti dal debitore per la sua parte e senza riserva del creditore si fossero continuati in questa medesima condizione per un tempo sufficiente ad operare la prescrizione (che il Codice fissa per questo caso a dieci anni), trovandosi così la solidalità prescritta pel debitore, il creditore non potrebbe più invocarla contro di lui nè per gl' interessi da scadere.

Diciamo che per l' applicazione di questa regola è d'uopo, che il pagamento sia stato ricevuto *per la parte* del debitore, e senza riserva del creditore. È evidente infatti che questo articolo deve spiegarsi co' precedenti, e che presenta l' applicauione dello stesso principio. Ciò diceva anche il Pothier (n.279).

1213. (1166). L' obbligazione contratta solidariamente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, i quali non sono fra essi obbligati che ciascuno per la sua quota e porzione.

623. Negli articoli precedenti il Codice si è occupato del dritto di agire che à il creditore; in questo si occupa della parte contributiva de' debitori fra loro, ossia della porzione per la quale ciascuno deve definitivamente sopportare il debito. La regola a tal riguardo è che, essendo ciascuno tenuto, assolutamente e all' infuori de' suoi rapporti col creditore, per la sola frazione che lo concerne, cioè in ragione del suo interesse personale nella causa dell' obbligazione, e colui che ha pagato al di là di questa frazione, non avendolo fatto che come mandatario, à per l'eccedente un' azione di regresso contro gli altri debitori suoi mandanti, sia pel capitale, sia per gl' interessi (art. 2001).

Si è talvolta preteso che questo regresso non fosse possibile, ove si trattasse del debito solidale nato da un delitto (art. 55 C. pen.), perchè niuno dev'essere ammesso ad argomentare dalla propria turpitudine, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ma primamente, il nostro dritto non permette mai a chicchessia, tampoco a un condebitore obbligato solidalmente per effetto di un delitto, di arricchirsi con l' altrui detrimento; e inoltre il debitore che à pagato al dilà della sua parto non argomenta per reclamare l'eccedente, dal delitto che à commesso, ma soltanto dal fatto del pagamento che à effettuato per conto del suo condebitore come per suo conto; e se il delitto pel quale sono stati condannati è un fatto vergognoso, di fermo non è lo stesso del pagamento de' danni ed interessi, della riparazione del delitto, che è un fatto morale quanto altro mai, che è lo adempimento di un dovere.

1214. (1167). Il condebitore di un debito solidario, che lo ha pagato per intiero, non può ripetere dagli altri condebitori che la quota e porzione di ciascuno di essi.

Se uno di questi si trovi insolvibile, la perdita cagionata dalla sua insolvibilità si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solvibili e sopra quello che ha fatto il pagamento.

624. Quantunque il condebitore che à pagato al di là della sua parte sia di pieno dritto surrogato ne' dritti del creditore(art.1251, 3°), e pur quando avesse avuto cura di farglisi surrogare con un'espressa convenzione non potrà tuttavia ritomandare a ciascuno pe' suoi condebitori che la porzione di lui; perocchè non à regresso contro costoro se non per aver fatto il loro affare e in ragione di ciò or non à fatto il loro affare se non per la parte ondo ciascuno era tenuto. L'opinione contraria del Toullier (VII—163) respinta dal nostro testo e dagli articoli 875, 1213, 2033, è anche in opposizione con la dottrina generale degli autori (1).

La ripartizione fra tutt' i condebitori solvibili delle porzioni dovute da coloro che si trovassero insolvibili è la conseguenza dell'associazione che la legge stabilisce fra tutti.

(1) Pothier. n. 281; Delv; II; Duranton, XI-41; Zachariae, II.

1215. (1168). Nel caso che il creditore abbia rinunziato all'azione solidaria verso alcuno dei debitori, se uno o più degli altri condebitori divenissero insolvibili, la porzione di questi sarà per contributo ripartita tra tutti i debitori, ed anche fra quelli che sono stati precedentemente liberati dalla *solidarietà* per parte del creditore.

625. Il Pothier insegnava (nº 275 in fine) che il creditore il quale rinunzi alla solidalità per uno de' debitori lo liberava con ciò dalla necessità di subir la sua parte del *deficit* cagionato dall'insolvibilità di altri condebitori e s'obbligava implicitamente a pagare la contribuzione in vece sua, ove fosse il caso. Il Codice, o secondo noi con ragione, non dà punto a questa rinunzia del creditore un effetto così esteso. Senza dubbio è in libertà del creditore di assumer quest'obbligazione verso il debitore, e sempreché la sua intenzione a questo riguardo risulterà da' termini dell'atto o dalle circostanze, produrrà il suo effetto; ma, quando la rinunzia alla solidalità avesse luogo puramente e semplicemente, resterà il debitore tenuto a contribuire.

Gli autori, per verità han negata questa regola, pur tanto esplicita, del nostro articolo: Delvincourt, Toullier (VI 639). Duranton (IX 423), Zachariae (II) insegnano che al creditore, il quale à fatto la remissione della solidalità all'un de' debitori, spetta subire per la parte che a costui competa la perdita risultante dalle insolvibilità. Ma questa dottrina non può sostenersi quando, oltre il testo sì formale del Codice, si legga questo passaggio, ancor più formale, della sposizione de' motivi: = « Se il creditore divide il debito rispetto a' condebitori, non si dee conchiuderne che abbia invertito i regressi corrispettivi dei condebitori fra loro. La divisione del debito non à potuto esser consentita nè accettata che salvo il dritto altrui; sicchè il *condebitore*, esonerato della solidalità verso il creditore, *à dovuto far conto che restavagli ancora un' obbligazione da soddisfare verso i suoi condebitori in caso d'insolvibilità di alcuni di loro.* »

1216. (1169). Se l'affare per cui fu contratto il debito solidariamente, non risguardava che uno de' coobbligati solidarj, questo sarà obbligato per tutto il debito rispetto agli altri condebitori, i quali relativamente ad esso non saranno considerati che come sua sicurtà.

626. L'obbligazione solidale può concernere un solo de' coobbligati, e allora gli altri non sono per riguardo a lui (non però per riguardo al creditore) che de' fideiussori. Quello tra questi debitori fideiussori che avesse pagato il debito avrebbe dunque regresso pel tutto contro il debitore principale; ma potrebbe eziandio, se quest' ultimo fosse insolvibile, ricorrere contro gli altri obbligati (art. 2033, 2032 2º)

Ma, torniamo a dire, soltanto per rapporto al debitore cui l'affare concerne, gli altri obbligati non sono che fideiussori. Onde, allorchè il creditore esonera dalla solidalità uno de' coobbligati, non accade considerare in principio quale esser possa la parte reale di questo obbligato nel debito: in principio, tutti per rispetto al creditore, son tenuti per parti eguali, e le parole *per rispetto a lui* furono aggiunte posteriormente » per prevenire, si disse, ogni specie di dubbio, e far comprendere che, in faccia al creditore, tutti, senza distinzione di sorta, son debitori principali ed obbligati come tali. »

Beninteso, potrebb' essere altrimenti, per eccezione, se risultasse da' termini del contratto o dalle circostanze che, conoscendo il creditore la parte più forte o più tenue per la quale era realmente interessato il debitore a favor di cui rinunciava, per questa parte reale à inteso rimettergli la solidalità.

SEZIONE V.

Delle obbligazioni divisibili e delle indivisibili.

627. La materia delle obbligazioni indivisibili è sempre stata ritenuta, e ragionevolmente, per una delle più difficili.

Il celebre Dumoulin l'avea trattata a di lungo nella sua *Extricatio labyrinthi dividui et individui*; e il Pothier, che riproduce le idee del gran giureconsulto, chiamando indifferentemente siffatte obbligazioni *divisibili-indivisibili* o *dividuali*. *Trattato delle obbligazioni*, copiato e riassunto dal Codice. Il Dumoulin ed il Pothier, convien dirlo, erano oscurissimi in più luoghi; e sebbene la loro oscurità dipendesse sovente dalla natura del subbietto, proviene talvolta altresì da sottigliezze ed eziandio da contraddizioni (almeno apparenti), conseguenza non tanto dell'indole del subbietto, quanto della moltiplicità di particolari inutili o di esempi male scelti che àn presentati. Ciò posto, sembra che gl' interpetri del Codice avrebbero dovuto farè astrazione nel lavoro del Dumoulin da queste idee intelligibili e inutili ad

un tempo, e per meglio cogliere e precisare più nitidamente quelle fra le loro spiegazioni che dànno un perfetto intendimento degli articoli della nostra sezione.

Per mala ventura i nostri interpreti àn fatto tutto il contrario. Scoraggiati dalle difficoltà che presentano il Dumoulin ed il Pothier, prendendo alla lettera nel testo del Codice una redazione talor poco esatta, son giunti a trovare inintelligibili non pure i pochi particolari di cui abbiam favellato, ma altresì le regole fondamentali della materia. Laonde il Toullier (VI-782) dichiara francamente, che egli non à potuto pervenire a farsi un'idea chiara delle obbligazioni indivisibili e della loro natura, e lo prova più innanzi (n. 792), confessando che non può scorgere veruna differenza tra due classi di obbligazioni che il Codice presenta tuttavia come differenti. Il Duranton, senza confessarlo, si trova esattamente nello stesso caso; e sebbene parli come se comprendesse benissimo gli articoli della nostra sezione, presenta egualmente le due classi di obbligazioni di cui abbiam parlato come quelle che rientrino le une nelle altre (XI-256).

La nostra materia adunque si è trovata dopo il Codice civile, per effetto della interpretazione inesatta degli autori, molto più difficile ancora di quel che era anteriormente. Noi abbiamo la speranza d'esser giunti, togliendo via tutte le inutili minuzie di cui sopra è stato parola, a rendere di facile intelligenza le regole della nostra sezione.

628. Il Dumoulin ed il Pothier distinguono tre specie d'indivisibilità, il che per altro non dà mica tre classi d'obbligazioni indivisibili, ma due soltanto, attesochè la terza specie d'indivisibilità riflette unicamente il modo d'eseguire, e non toglie punto che l'obbligazione rimanga divisibile.

La prima indivisibilità à luogo, quando l'oggetto dell'obbligazione non è suscettivo di veruna specie di divisione, nè materiale nè intellettuale. La seconda si presenta allorchè quest'oggetto, comunque divisibile in sè, almeno intellettualmente, si trovi indivisibile dal punto di vista sotto cui ànnolo considerato le parti contraenti. Infino àvvi ancora l'indivisibilità *solutione tantum*, la quale à luogo quando l'oggetto non può esser pagato parzialmente da' debitori, benchè resti al tutto divisibile e si divida in fatti tra' creditori, ove più ve ne sieno.

Il Dumoulin ed il Pothier chiamano la prima indivisibilità *individuum* CONTRACTU e talvolta NATURA, e qualificano la seconda *individuum* OBLIGATIONE. La voce *contractu* ci sembra scelta malissimo pel primo caso, dacchè allora non è già la convenzione, ma la natura stessa dell'oggetto che rende questo oggetto, e quindi l'obbligazione, indivisibile, e che d'altronde le parole « indivisibile *contractu* » non presentano un'idea ben distinta delle parole « indivisibile *obligatione*. » D'altra banda, questa seconda espressione pare anch'essa bizzarra; giacchè come comprendere *un' obbligazione* indivisibile per *l'obbligazione*? Sarebbe, pare a noi, più soddisfacente, più logico, più vero, di sopprimere la parola *contractu* nella prima indivisibilità in cui è un *bis in idem* con la parola *natura*, e di sostituirla nella seconda alla parola *obligatione* cho sparirebbe del tutto. Così si avrebbe: 1° *l'individuum natura*, indivisibilità (dell'obbligazione) risultante dalla natura reale dell'oggetto; 2° l'*individuum contractu*, indivisibilità (sempre dell'obbligazione) risultante dalla volontà delle parti, dalla natura convenzionale che esse àn data all'oggetto; poi 3° l'*individuum solutione tantum*, indivisibilità la quale non riflette che l'esecuzione e lascia all'oggetto e all'obbligazione la loro natura divisibile.

629. Abbiam detto che, recidendo a disegno delle inutili quistioni secondarie (e altresì degli esempi talvolta male scelti) abbiamo tentato (aggiungendo, beninteso, a questo altri mezzi) di rendere più intelligibili le obbligazioni divisibili e indivisibili e le disposizioni della nostra sezione.

Così trovansi negli autori lunghe discettazioni sul punto di sapere se la tale o tale obbligazione particolare sia indivisibile *ipsa natura* o il sia soltanto *obligatione* (cioè *contractu*). Ora, lasciando stare che questa quistione (la quale contiene quella di sapere se il tale oggetto sia o no divisibile intellettualmente, giuridicamente) sarà spesso un punto di metafisica la più sottile, di natura da venir risoluto in un senso o in un altro, secondo la mente di ciascuno, è poi inutile esaminarla, dacchè le due classi d'obbligazioni indivisibili producono gli stessi effetti. Ecco dunque un'intera serie di quistioni da sopprimere.

Ed ora, circa al punto di sapere se una obbligazione sia indivisibile *contractu* o al contrario non presenti che una semplice indivisibilità di pagamento, è vero che offre alcuna utilità, postochè gli effetti differiscono dall'uno all'altro caso: ma si dovrà per questo prendervi a disamina ciascuna delle molte ipotesi che possono presentarsi? o non dovevamo, per contra, esponendo nitidamente i principii della materia e le regole di distinzione non comprese da' nostri antecessori, lasciar a' giudici del fatto in ogni causa la cura d'applicare questi principii e di ricercare nelle circostanze, se l'intenzione delle parti sia stata semplicemente d'escludere un

pagamento parziale o se esse abbian davvero considerato l'oggetto come indivisibile? Il primo sistema, supponendo che fosse di grande utilità, era in ogni caso impraticabile per noi, chè la sua applicazione renderebbe necessario o un trattato speciale o un' opera che presentasse pel complesso del Codice una quarantina di volumi.

Del rimanente, dobbiam credere che le spiegazioni da noi date abbiano asseguito lo scopo, dappoichè un dotto magistrato, parlando del nostro libro, addita « le pagine ove mercè una classificazione nitidissima l'autore è riuscito a dissipare l' oscurità tradizionale che copre la famosa distinzione delle obbligazioni divisibili e delle indivisibili (1). »

630. Si comprende da quanto sopra abbiam detto che sempre nell' oggetto dell' obbligazione conviene indagare, se esista o no una delle tre specie d' indivisibilità ; che l'obbligazione è indivisibile, sia quando il suo oggetto è per sè stesso tale (*natura*), sia quando è stato come tale considerato dalle parti (*obligatione* o meglio *contractu*), e che infine avvi l' indivisibilità, non più dell'oggetto, nè quindi dell' obbligazione, ma dell'esecuzione soltanto. Sicchè sonovi due classi d'obbligazioni indivisibili, poi una classe d' obbligazioni, le quali, benchè divisibili, non possono tuttavia essere eseguite da' debitori che indivisamente.

Il Codice ci presenta l'obbligazione indivisibile *natura*, per la natura reale dell'oggetto, nell' art. 1217.

Riproduce l'obbligazione indivisibile *obligatione* (o piuttosto *contractu*), cioè per la qualità che il pensiero de' contraenti à data all' oggetto, nell' art. 1218.

Poscia nell'art. 1221, § *degli Effetti delle Obbligazioni divisibili*, parla di quelle fra tali obbligazioni che, comunque divisibili, non possono tuttavia esser eseguite per parte; cioè l' indivisibilità *solutione*.

1217. [1170]. L' obbligazione è divisibile o indivisibile, secondo che essa ha per oggetto una cosa che nella sua tradizione, o un fatto che nella esecuzione, è o no suscettibile di divisione materiale o intellettuale.

631. Questo articolo à il torto d' andar a prendere, per qualificare l' indivisibilità dell' obbligazione, la consegna della cosa o l'esecuzione del fatto che costituisce l' oggetto di questa obbligazione, e pertanto di non riportarsi che all' *esecuzione delle obbligazioni*; imperocchè questo modo di parlare può condurre a confonder questo caso con la semplice indivisibilità *solutione*. Bisognava dire che l'obbligazione è indivisibile quando il suo oggetto è assolutamente insuscettivo di divisione; ed è del resto ciò che à voluto dire il Codice (Pothier, n. 291).

Perchè l' obbligazione sia indivisibile nel senso del nostro articolo, *natura*, fa d'uopo che il suo oggetto non sia suscettivo d' esser diviso senza distruzione nè materialmente nè intellettualmente. Per esempio, un cavallo non può, è vero, essere materialmente diviso fra più persone, ma può benissimo dividersi fra loro intellettualmente, giuridicamente: io posso benissimo aver la metà o il terzo della proprietà d' un cavallo e posso vendere, donare, legare ecc. questa metà o questo terzo; se dunque sono qui impossibili delle parti materiali, non lo sono però delle parti giuridiche e l' obbligazione di consegnar un cavallo rimane un'obbligazione divisibile. Pertanto, quando io debbo un cavallo a Pietro e a Paolo, posso benissimo eseguir la mia obbligazione rimpetto a Pietro dandogli la metà della proprietà del cavallo.

Al contrario, se io mi son obbligato a fare un viaggio a Lione, non potrò procurare la metà del mio debito, giacchè la mente non concepisce la divisione del viaggio; l'oggetto è qui indivisibile fisicamente e giuridicamente, e l' obbligazione è indivisibile *natura*.

1218. [1171]. L' obbligazione è indivisibile, quantunque la cosa o il fatto che ne è l' oggetto sia di sua natura divisibile, se il rapporto sotto cui è considerato nell' obbligazione non lo rende suscettibile di esecuzione parziale.

SOMMARIO.

I. Differenza fra l'obbligazione *indivisibile* di cui parla questo articolo e l'obbligazione *divisibile* la cui esecuzione è soltanto indivisibile *a parte debitorum*. Errore del Toullier e del Duranton.
II. Esempi dell'una e dell'altra obbligazione.
III. La distinzione fra divisibili e indivisibili esiste per le obbligazioni di fare o di non fare, come per le altre. Risposta a Molitor.

I. — 632. Qui si tratta dell' obbligazione che Dumoulin e Pothier chiamavano indivisibile *obligatione*; e qui ancora il Codice à torto di qualificarla mercè questa circostanza, che il rapporto sotto cui è considerato il suo og-

(1) Lagrange, *Droit* del 2 luglio 1846.

getto la rende insuscettiva d' *esecuzione parziale*. Ciò mena dritto alla confusione dell' indivisibilità *obligatione* con la semplice indivisibilità *solutione tantum*, dell' obbligazione *indivisibile* della seconda specie con l' obbligazione *divisibile*, la cui esecuzione soltanto non può farsi parzialmente. Ciò mette in contraddizione il nostro articolo 1218, il quale dichiara che l' obbligazione di cui favella è *indivisibile*, cogli art. 1220 e 1221, i quali dichiarano che in certi casi e segnatamente se risulti *dal fine propostosi nel contratto* che la intenzione de' contraenti sia stata che il debito non potesse *soddisfarsi parzialmente*, un sol debitore potrà esser ricerco pel tutto *in eccezione al principio* delle obbligazioni *divisibili* (art. 1220 in fine, 1221, 1 e 5).

Bisognava dire: « Quando il rapporto sotto cui l' oggetto è considerato rende quest' oggetto, e quindi l' obbligazione, insuscettivo, non solo d' *esecuzione parziale*, ma eziandio *di divisione...* » Leggendo il n. 792 di Toullier ed il n. 256 di Duranton, si scorge che il non aver rilevato questo vizio di redazione e l'essersi soffermati alle parole « *esecuzione parziale* » è stata la cagione che à fatto cadere questi autori nella confusione su indicata.

Un doppio esempio basterà per far evitare siffatta confusione.

II. — 633. Voi m' avete promesso un cavallo da biroccio. La vostra obbligazione è certamente divisibile; perocchè un cavallo, come di sopra abbiam detto, è perfettamente suscettivo di parti giuridiche, di divisione intellettuale, e nulla permette di dire che noi l'abbiam considerato nel nostro contratto come non suscettivo di questa divisione che pur comporta. Ma risulta e dalla cosa stessa che à fatto l' oggetto del nostro contratto e dal fine ch'io mi son proposto nel contrattare con voi, che il nostro debito non potrebbe esser soddisfatto parzialmente. Non v'è dunque nè indivisibilità *natura* (art. 1217), nè indivisibilità *obligatione* (art. 1218); ma evvi indivisibilità *solutione* (art. 1221 5°); il debito non è *indivisibile*, insuscettivo di *divisione nel suo oggetto*, ma è insuscettivo *d'esecuzione parziale*; e se voi morite lasciando due eredi, non potrà l'uno sdebitarsi dandomi la metà della proprietà d' un cavallo perchè l'altro venga poi a darmi un'altra metà di proprietà d'un cavallo: quello de'due al quale io m'indirizzo è tenuto a consegnarmi un cavallo intero. Ma, lo ripetiamo, non è questa altrimenti nella teorica del Codice un'obbligazione indivisibile. È sì poco indivisibile che anzi si divide di pieno dritto fra gli eredi del creditore. Se io muoio lasciando due eredi, ciascuno di essi non sarà creditore che per la metà di un cavallo, e non potrà domandare, sia a voi se vivete ancora, sia ad uno de'vostri eredi, se non questa metà. Laonde il debito, comechè divisibile, non può in verità esser soddisfatto parzialmente, ed uno de' debitori non può punto pagarne la sua parte; ma esso riman tuttavia divisibile, e ciascuno de' creditori non può esigerne che la sua parte. Ciò spiegava chiaramente il Pothier (*passim* ed in ispecie n° 314), e ciò consacra anche il Codice, attesochè, dopo aver detto nell'art. 1220 che « *gli eredi del creditore non possono domandare il debito divisibile* », e che gli eredi del debitore non son tenuti a pagarlo *che per le parti onde sono investiti come rappresentanti il creditore* o il debitore » aggiunge nello art. 1221 che « *questo principio riceve eccezione* nel caso in cui versiamo ed in alcuni altri, ma soltanto *rispetto agli eredi del debitore*. »

634. Altrimenti sta la cosa quando l'oggetto dell'obbligazione, in luogo di presentare soltanto questo carattere di non poter esser pagato parzialmente dai debitori, si trovi veramente indivisibile se non per sè stesso, almeno nella intenzione delle parti. Così io voglio stabilire una usina per la costruzione della quale ò bisogno dell' arpento di terreno che voi possedete accanto alla mia proprietà, e voi vi obbligate a darmi questo arpento di terreno co'tre quarti del quale io non potrei far nulla, dappoichè è tutto intero indispensabile alla mia costruzione. La vostra obbligazione è allora indivisibile, giacchè è indivisibile il suo oggetto, non in sè (perocchè un pezzo di terra può esser diviso anche in parti materiali), ma nel nostro comune pensiero, postochè questo terreno è necessario nel suo insieme al fine ch'io mi son proposto, e mi diverrebbe affatto inutile, ove non ne avessi la totalità. Di qui segue che non solo io potrò, se voi morite lasciando più eredi, ricusar la parte che ciascun di costoro volesse darmi nel pezzo di terra, ma che ciascuno de'miei eredi potrà anche, morendo io stesso, ricusar di ricevere, sia da' vostri eredi, sia da voi medesimo, una parte del terreno: il tutto potrà venir domandato e contro ciascuno de' debitori e da ciascuno de'creditori.

Non bisogna dunque confondere l' obbligazione veramente indivisibile (sia per la natura reale del suo oggetto, sia per la qualità e a dir così per *la natura convenzionale* che le parti ànno a quest'oggetto attribuita) coll' obbligazione il cui oggetto è fatto indivisibile solo in quanto all' esecuzione da farsi da' debitori, e che d'altronde rimane divisibile.

III.—635. Il Pothier (n° 289) riferisce che parecchi dottori riguardavano come necessariamente e sempre indivisibili le obbligazioni consistenti *in faciendo* o *in non faciendo*. Egli combatte questa dottrina come aveva fatto Du-

moulin, e fa vedere che le obbligazioni di fare o di non fare possono come le altre essere ora indivisibili ed or divisibili. Il nostro articolo ed il precedente provano abbastanza questa verità, stantechè applicano la distinzione alle obbligazioni che àn per obbietto un fatto, non che a quelle il cui obbietto è una cosa da dare o da consegnare.

E difatti, se io mi sono obbligato a trasportar co' carretti la vostra raccolta da' vostri campi a' vostri granai, e cesso d' eseguire la mia obbligazione dopo aver già immessa nei magazzini la metà della vostra messe, è evidente che avrò adempiuto a una parte della mia obbligazione o che per conseguenza quest'obbligazione, benchè consistesse *in faciendo*, era perfettamente divisibile. Del pari, se voi vi siete obbligato verso di me a non dissodare i vostri 50 ettari di bosco onde io possa cacciarvi, e ne mettete a coltura 10 ettari, la vostra obbligazione è rispettata in parte e in parte violata; era dunque divisibile, comechè consistesse in *non faciendo*.

635 *bis*. Il Molitor nel suo *Corso di dritto romano approfondito* (I, p. 351) combatte questa soluzione. Dopo aver criticata la spiegazione del Pothier (il cui esempio ci sembra di fermo male scelto), soggiunge: «Il Marcadé, uno degli autori che meglio ànno spiegato questa parte del Codice, à seguito l'errore del Pothier. Ma, come se avesse veduto il falso che v'è nell'esempio citato da questo giureconsulto, egli si prevale d' un' altra ipotesi, per conchiuderne a sua volta esservi delle obbligazioni consistenti in *non faciendo* che son divisibili... Noi neghiamo la conseguenza.. Il promettente che, nell'ipotesi del Marcadé, avesse violata la obbligazione dissodando, fosse pure una piccola parte, si presumerebbe non averla eseguita punto. »

Quest'idea dell' onorevole e rimpianto professore (1) non ci pare esatta. Senza dubbio era male scelta l' ipotesi del Pothier; senza dubbio non si può dire che quegli il quale à assunta l'obbligazione *di non molestare il possessore d'un fondo* non vi contravvenga se non in parte quando rivendichi soltanto una parte del bene; chè tosto che voi mi molestate, tosto che mi turbate nel mio possesso, violate completamente la vostra obbligazione di non turbarmi: tosto che ci à turbamento, più o men grande che sia, ci à contravvenzione totale alla promessa di non turbare. Ma, se una tale obbligazione è necessariamente indivisibile, non è però lo stesso di qualunque obbligazione consistente in *non faciendo*. Se non si concepisce l' inesecuzione parziale della vostra obbligazione di non molestarmi, è perchè non ci à via di mezzo fra molestarmi e non molestarmi; ma àvvi benissimo al contrario fra non dissodare *i vostri 50 ettori di bosco* e non dissodare *alcuna parte* di questi 50 ettari. Nel primo caso, sol perchè voi mi molestate su qualsivoglia punto, il mio scopo è al tutto fallito, dacchè il mio contratto non avea precisamente per obbietto che d'evitarmi una lite ed ecco che questa lite esiste; nel secondo caso, per contrario, il dissodamento parziale non farà menomamente sparire il dritto di caccia che io ho inteso procacciarmi, soltanto lo diminuirà d'un poco (e potrebbe anche darsi che in grazia della piccola estensione e della posizione poco importante della parte dissodata, la diminuzione fosse quasi insignificante). Egli è dunque vero che si concepisce allora un' inesecuzione parziale (la quale può essere di minimo conto, come può essere considerevole), che la mente comprende allora un più o un meno nella inesecuzione e che quindi l'obbligazione di non fare può talvolta esser divisibile, siccome àn detto Dumoulin e Pothier, siccome ammettono i nostri articoli 1217 e 1218, i quali a torto son qui combattuti dal Molitor (nº 262 e 263).

1219. [1172]. **La *solidarietà* stipulata non imprime all' obbligazione il carattere d' indivisibilità.**

636. Abbiamo già veduto che l' obbligazione solidale non è perciò punto indivisibile, e che si divide, al contrario, di pieno dritto fra gli credi, sia dell' uno de' creditori, sia dell' uno de' debitori. Reciprocamente l' indivisibilità non importa punto la solidalità, checchè abbiane detto uno strano arresto della, Corte di cassazione, del quale parleremo sotto l'art. 1225, e non s'applicherebbero altrimenti all' obbligazione indivisibile le regole contenute nella sezione precedente per le obbligazioni solidali.

§ 1.°

Effetti dell' obbligazione divisibile.

1220. [1173]. **L' obbligazione che è suscettibile di divisione, debb' eseguirsi fra il creditore e il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile che riguardo ai loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè sono**

(1) Si sa che il Molitor, esimio professore nell' università di Gand, fu prematuramente rapito alla scienza dal colera nell'anno 1849.

tenuti di pagarlo che per le porzioni loro spettanti o per quelle per cui sono obbligati, come rappresentanti il creditore o il debitore.

637. Le obbligazioni si distinguono in divisibili e indivisibili soltanto per creditori o debitori molteplici; giacchè fintanto che àvvi un sol creditore e un solo debitore, l'obbligazione, per divisibile ch'esser possa, dee sempre ricevere un'esecuzione semplice ed integrale, senza esser mai suscettiva di pagamenti parziali, di guisa che à lo stesso effetto che se fosse indivisibile. Laonde unicamente alla morte d'un debitore o di un creditore che lasci più rappresentanti può l'obbligazione, che originariamente esisteva fra un sol creditore e un sol debitore, venir divisa, ove ne sia suscettiva.

Ma beninteso sarebbe altrimenti e non farebbe mestieri d'attender la morte di una delle parti per applicare i principî della divisibilità, se l'obbligazione si formasse immediatamente per più creditori o contro più debitori, o ancora se l'unico creditore vendesse a più persone il suo credito. Se il Codice, dopo Pothier, non à parlato che del caso di eredi molteplici succedenti al debitore o al creditore, gli è perchè questo è il caso più frequente; ma la regola evidentemente si applica ogni volta che vi abbia, non monta per qual cagione, pluralità di creditori o di debitori.

638. Notiamo che per la morte d'una parte, il dritto si divide fra' suoi eredi, non in porzioni virili, ossia in tante porzioni uguali quanti sieno gli eredi, sibbene in proporzione della parte onde ciascuno di questi eredi rappresenta il defunto. Se dunque il defunto lasci due eredi un de' quali lo rappresenti per due terzi e l'altro per un terzo soltanto, il primo si troverà creditore o debitore pei due terzi e il secondo per l'ultimo terzo.

Si vede che il principio della divisione dei debiti e crediti fra gli eredi può trasformare immediatamente un debito considerevole in una quantità di debiti piccolissimi: Pietro deve 5,000 fr. a Paolo; se questi muore lasciando cinque eredi, vi saran cinque crediti di 1,000 fr. l'uno; e se Pietro muore a sua volta lasciando un medesimo numero di rappresentanti, ciascuno di questi ultimi non dovrà più che il quinto a ciascun degli altri, per guisa che il debito originario di 5,000 fr. sarà convertito in venticinque debiti di 200 fr. l'uno.

Quando diciamo esservi allora un gran numero di debiti e di crediti, è un'espressione che usiamo per far meglio comprendere l'effetto della divisione, ma che non vuolsi già prendere alla lettera; perocchè, parlando propriamente e rigorosamente, non vi son mica allora più debiti, ma *un debito* diviso in più parti e che non è pagabile per porzioni se non perchè dee pagarsi da più persone o a più persone. Se dunque, dopo la morte di un creditore che à lasciati cinque eredi, quattro di questi venissero a morire e avessero il loro coerede per successore, ritornando costui in tal modo unico creditore dell'unico debito, il debitore non avrebbe il dritto di pagarlo in cinque frazioni, poseiachè questo debito unico à cessato d'esser pagabile a più, e *cessante causa cessat effectus*. Sarebbe lo stesso reciprocamente, se l'un de' coeredi del debitore divenisse erede dei suoi diversi coeredi. Beninteso, noi supponiamo un'accettazione pura e semplice delle successioni; dacchè, se vi fosse accettazione beneficiaria, le parti di debito o di credito rimarrebbero divise, facendo l'una parte del patrimonio del coerede accettante, le altre continuando ad appartenere a' patrimoni dei coeredi defunti. Tale era eziandio la dottrina del Dumoulin e del Pothier (n. 318).

639. Noi abbiamo stabilito nel titolo delle *Successioni* (art. 883, n. IV) che la divisione legale del nostro articolo è soltanto provvisoria circa a' crediti, e sparisce per essi innanzi al risultato della divisione della successione. Unicamente pe' debiti questa divisione legale produce un effetto diffinitivo.

1221. [1174]. Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione riguardo agli eredi del debitore:

1.° Nel caso che il debito sia ipotecario;

2.° Quando sia dovuto un determinato corpo;

3.° Quando si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore, delle quali una è indivisibile;

4.° Quando un solo degli eredi è, in forza del titolo, incaricato dell'adempimento dell'obbligazione;

5.° Quando risulti o dalla natura dell'obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, essere stata intenzione de' contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente.

Ne' primi tre casi, l'erede che possiede la cosa dovuta o il fondo ipotecato per lo debito può essere convenuto per il totale sulla cosa dovuta o sul fondo ipotecato, salvo ad esso il regresso contro

i suoi coeredi. Nel quarto caso, l'erede unicamente incaricato del debito, e nel quinto caso, ciascun erede può egualmente essere convenuto per la totalità, salvo il suo regresso verso i coeredi.

SOMMARIO.

I. Questa è l'indivisibilità *solutione tantum* la quale punto non impedisce che l'obbligazione resti divisibile.
II. L'eccezione presentata dall'articolo per cinque casi non esiste che in tre soli. Svolgimenti.
III. Mutazioni arrecate agli antichi principii circa al dritto di agire che à il creditore. Un degli erede di questo creditore non potrebbe agire pel tutto. Errore già rilevato del Toullier e del Duranton.

I. — 610. Il principio che le obbligazioni divisibili si frazionino di pieno dritto fra' diversi eredi del creditore o del debitore riceve eccezione, ma soltanto in quanto agli eredi del debitore, in certi casi esaminati dal nostro articolo.

I casi di questa eccezione ci presenteranno la indivisibilità *solutione*, di cui sopra abbiam favellato, ossia i casi ne'quali l'obbligazione, sebbene sia divisibile e si divida fra i creditori, se son più (il che tuttavia la distingue dall' obbligazione indivisibile anche *obligatione* soltanto), non può però venir parzialmente soddisfatta da' debitori.

Vedremo, del rimanente, che de' cinque casi indicati dall' articolo come eccezione al principio della divisione tre soli presentano questa eccezione.

II. — 611. 1° La legge c' indica dapprima il caso d' un debito ipotecario e ci dice (ult. comm.) che quello fra gli eredi del debitore che si trova aver l' immobile ipotecato potrà esser ricerco pel tutto su questo immobile. Quest' idea, che i redattori presero nel Pothier, come tutto il resto (n. 300), e che forse era compatibile come osservazione in un libro di dottrina, è qui affatto fuor di luogo, attesochè questo caso non costituisce punto una eccezione al principio dell'articolo precedente. — Questo principio difatti è che con la morte del debitore i suoi eredi non trovansi debitori e soggetti a misure coattive in luogo di lui se non ciascuno per la sua parte. Or la circostanza che un degli eredi si trovi detentore di un immobile ipotecato al debito nulla muta a questo principio; perocchè esso erede non è tenuto e non può esser ricerco como erede e debitore personale che per la sua parte ereditaria, il che è la perfetta applicazione del principio; che se può esser ricerco pel tutto ipotecariamente, gli è per effetto di una regola che niun rapporto à con questa. È di fermo si sa che nel caso d' ipoteca vi son due debitori; da un canto la persona obbligata, dall'altro l'immobile; per guisa che il creditore può proseguir l' immobile nelle mani di qualunque detentore o in altri termini agire contro qualunque detentore di questo immobile, per quando questi non fosse altrimenti erede del debitore e fosse onninamente estraneo al debito. Se dunque l' erede detentore è ricerco pel tutto, non è mica per eccezione al principio della divisione del debito fra lui e i suoi coeredi: perocchè 1.° uno estraneo che fosse detentore sarebbe ricerco come lui; 2.° questo erede può, come potrebbe l'estraneo, sfuggire alle molestie pel tutto cessando di posseder l' immobile debitore; 3.° essendo rappresentante del defunto, egli non può venir ricerco che per la sua parte, o il principio della divisione s' applica a lui non men pienamente che agli altri. — Ripetiamolo, non contro l'*erede* è allora proseguito il debito pel tutto, ma contro l' *immobile*; e il principio a cui si pretende indicare una eccezione resta perfettamente intatto.

2.° Il nostro articolo indica come seconda eccezione, e questa è vera, il caso in cui il debito à per oggetto un corpo certo, una cosa determinata *in ipso individuo*; e ci dice (ult. comm.) che se l' uno degli eredi si trovi solo possessore di questa cosa (perchè la divisione della successione l' à messa nella sua quota), si può domandargliela intera senza ch' ei possa offrire una parte corrispondente a quella per la quale è erede. Avvi dunque allora veramente eccezione al principio che ciascun erede non è tenuto a pagar il debito che per la sua parte ereditaria. E questa eccezione è ben naturale, essendo cosa semplicissima che si vada a domandar l' oggetto dovuto a quello dei condebitori che lo possiede. — Poco monta, del resto, che il corpo certo debba esser conseguato per effetto d' una vendita, d' una donazione, di una permuta, o che si tratti di cosa depositata o prestata ad uso dal creditore e della quale fosse da far una semplice restituzione. Qualsivoglia cosa da restituirsi in virtù di deposito o di commodato è di necessità un corpo certo (art. 1293-3°): e non si comprende quindi perchè il Pothier presentasse come formanti due eccezioni al principio (n° 302 e 303) de'casi che sono l'applicazione d'una sola e medesima regola.

3.° Il Codice presenta in terzo luogo come eccezione il principio che ciascun erede ne' debiti divisibili non è tenuto al pagamento alternativo di cose, l' una delle quali sia indivisibile e di cui la scelta appartenga al creditore. Questo è un controsenso che i compilatori non àn formolato, se non perchè non àn compreso il passaggio del Po-

thier che credevano riprodurre. Che il creditore d' un debito alternativo nel quale egli à la scelta conservi questa scelta, dopo morto il suo debitore lasciando più eredi, è naturale; ed è naturale per conseguenza che, se un degli oggetti dell' alternativa è indivisibile, egli possa domandar quest' oggetto indivisibile. Ma è ben evidente che, se il pagamento per parte diviene allora impossibile, è perchè l' oggetto scelto è indivisibile o il debito pertanto indivisibile egualmente; or poichè il debito è *indivisibile*, non è dunque un' eccezione al principio del pagamento per parte ne' debiti *divisibili*. — Laonde non è già questo ciò che diceva Pothier. Egli parlava semplicemente (n.° 312) d' un debito alternativo ordinario senz' altra osservazione, il che suppone, contrariamente al pensiero de' nostri redattori, che i diversi oggetti di questo debito sien divisibili e che il debitore ne abbia la scelta (art. 1190). E vaglia il vero, ci dava per esempio il caso in cui il defunto era debitore *d'una tal cosa o d' una somma di 1,000 lire*. Ciò posto, Pothier diceva che, lasciando il defunto due eredi, ciascun di essi non potrebbe pretendere che, dovendo il suo autore, egli potesse pagare a sua scelta o la metà dell'una o la metà dell' altra, il che potrebbe condurre il creditore ad esser astretto a ricever la metà d' un oggetto e la metà d' un altro, e che agli eredi incombe di mettersi d'accordo per dare al creditore uno degli oggetti per intero.

4.° La quarta eccezione che presenta il nostro articolo, la quale in realtà sarà la seconda, à luogo quando si sia detto nel titolo costitutivo dell' obbligazione che il tale degli eredi l'eseguirebbe per intero egli solo. Allora questo erede può esser ricerco dal creditore pel tutto, salvo, beninteso, come nel caso succennato, il regresso di lui contro i suoi coeredi (ult. comm.). — Potrebbe darsi tuttavia che fosse altrimenti e che l' uno degli altri eredi fosse riconosciuto sia con una clausola espressa, sia in virtù dello circostanze, solo gravato per l' intero, non pure di pagar il debito, ma di sopportarlo diffinitivamente; ma ciò non potrebbe esser fatto che con un testamento. Questa idea e quelle che vi si collegano sono state spiegate sotto l'art. 1122.

5.° L' ultima eccezione che presenta il nostro articolo alla regola de' pagamenti parziali fatti dagli eredi del debitore è più ampia e più comprensiva delle precedenti. Essa à luogo ogni qual volta è riconosciuto che l' intenzione de' contraenti sia stata, non di rendere indivisibile l' obbligazione, (il che sarebbe l' applicazione dell'art. 1228 e produrrebbe effetto tra gli eredi del creditore come tra quelli del debitore), ma soltanto di togliere agli eredi del debitore la facoltà di liberarsi per parte. Questa intenzione può risultare, sia da una clausola espressa dell' atto (clausola che differirebbe da quella preveduta nel caso precedente, in quanto in questa un solo degli eredi era specialmente designato per fare il pagamento e poteva esser ricerco pel tutto egli solo; laddove qui il dritto del creditore d' agir pel tutto sarebbe stato stipulato in generale, senza designare il tale o il tal altro degli eredi, e potrebbe contro tutti esercitarsi), sia dalla natura stessa del contratto (esempligrazia pel fitto che voi mi consentite della vostra casa o del vostro podere), sia dalla natura dell' oggetto (così « ciò si presume di leggieri, dice il Pothier, quando la cosa è suscettiva in verità di parti intellettuali, ma non può esser divisa in parti reali »), sia dal fine propostosi nel contratto (p. es. se io ò tolto a prestito mille scudi, dichiarando che servano a liberare la tal persona dal carcere). V. Pothier n. 315.

III. — 612. Ne' tre casi d' eccezione (*tre* o non *cinque*, poichè si è veduto che il 1° e il 3° van tolti via) preveduti dal nostro articolo, il Codice dichiara che or l' uno degli eredi (ne' casi 2° e 4°) ed or ciascuno di tutti questi eredi (nel 5°) è tenuto di pagar l' intero e può quindi esser ricerco dal creditore *per l' intero*. Gli è un cambiamento arrecato agli antichi principî.

Dumoulin e Pothier, seguendo troppo scrupolosamente la sottigliezza della legge romana, dicevano che, siccome questo caso non presenta indivisibilità che *solutione tantum* e perchè l' erede, *quando viene per pagare*, trova di non poterlo fare in parte; siccome l' obbligazione resta divisibile e l'erede ricerco in fondo non è debitore che della sua parte, ne seguiva che non poteva *esser ricerco* pel totale, e che *la domanda* che il creditore gli facesse di pagar questo totale non sarebbe valida (Pothier, n. 316). Il Codice à rigettata questa idea; e, trovandosi allora l' erede tenuto *a pagar* il tutto, gli è sembrato naturale d' autorizzar il creditore ad agir pel tutto contro di lui..

Ma, se un degli eredi del debitore può allora esser ricerco pel totale, non però s'avrebbe a credere che uno degli eredi del creditore potesse eziandio agire per questo totale. Egli è così, sol quando l' obbligazione è indivisibile (art. 1224); e il nostro articolo, come abbiam già fatto notare, non reca eccezione agli effetti ordinari dell' obbligazione divisibile che *rispetto agli eredi del debitore* (com. 1). È dunque ben inteso che gli eredi del creditore non possono qui

domandare l'oggetto dovuto e farselo pagare se non ciascuno per la sua parte, e che non potrebbero agire pel tutto fuorchè riunendosi per intentare la loro azione in comune. Noi insistiamo su quest' idea, attesochè mostra la differenza tra la semplice indivisibilità *solutione* del nostro art. 1221 e l' indivisibilità *obligatione* dell' art. 1218, che il Toullier (VI-792) e il Duranton (XI 256) àn creduto essere una sola e medesima cosa.

§. 2.

Degli effetti dell' obbligazione indivisibile.

1222. [1175]. Coloro che ànno contratto congiuntamente un debito indivisibile vi sono tenuti ciascuno per la totalità del debito, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta solidariamente.

1223. [1176]. Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi di quello che ha contratto una simile obbligazione.

643. Tosto che il debito è indivisibile, sia realmente, sia convenzionalmente, *natura* (art. 1217) od *obligatione* (art. 1218), ciascun de'debitori dee evidentemente il tutto, come dirà il comma 1° del seguente articolo. Ma non perciò è punto solidale il debito.

1224. [1177]. Ciascun erede del creditore può esigere l'intiera esecuzione dell' obbligazione indivisibile.

Non può egli solo fare la remissione della totalità del debito; nemmeno può egli solo ricevere il valore invece della cosa. Se uno solo fra gli eredi ha fatto la remissione del debito o ricevuto il valore della cosa, il coerede non può dimandare la cosa indivisibile che addebitandosi la porzione del coerede, il quale ha fatto la remissione o ricevuto il valore.

644. Se nell' obbligazione indivisibile ciascun de' debitori (sia primitivi, sia rappresentanti di unico debitore) dee la cosa intera, questa cosa non è già indivisibile, come nell' obbligazione solidale, per una qualità inerente alla persona che fosse veramente creditrice o debitsice *in totum e totaliter* ma solo per la qualità (reale o convenzionale) della cosa la quale (per effetto della natura che à realmente o che le à data il contratto) non è punto suscettiva di parti.

Da questo principio, che ciascuno è quì, per la natura delle cose, creditore o debitore *in totum*, ma non è personalmente creditore o debitore *totaliter*, derivano parecchie conseguenze importanti.

Così in prima, pur quando si riconosceva in uno de'creditori solidali il dritto di liberar pienamente il debitore, rimettendogli il debito (Poth. n. 263), non si ammetteva già questo dritto per uno de' creditori della cosa indivisibile (Poth. n. 327); giacchè egli non è personalmente arbitro del credito, e se può farsi pagar il tutto, gli è unicamente a causa della natura della cosa dovuta. Per la stessa ragione un de' creditori non è mica arbitro di estinguere il credito trasformandolo in un altro e di liberare il debitore ricevendo il prezzo dell' oggetto dovuto in cambio dell' oggetto medesimo. — Ma reciprocamente, siccome il debitore, a fronte di più creditori, non dee tutto a ciascun di essi se non per l' impossibilità di divider la cosa in più parti e non personalmente e *totaliter*, ne segue che la remissione fatta da un creditore o la ricezione da lui consentita del prezzo della cosa non sarà senza effetto, e il debito ne subirà una deduzione. Ben è vero che il debitore sarà sempre tenuto a dar l' oggetto intero, dacchè non può esser dato altrimenti; ma nol darà che facendosi tener conto del valore della porzione di colui che à fatto la remissione o che à ricevuto il prezzo.

1225. [1178]. L' erede del debitore, convenuto per la totalità dell'obbligazione, può dimandare un termine per chiamare in causa i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall' erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato; salvo il regresso per la sua indennità contro i coeredi.

SOMMARIO

I. Dritti diversi secondo i casi, del condebitore citato solo per la totalità.
II. De' danni e interessi dovuti in caso d'inesecuzione. Errore d' un arresto della C. cass.
II. Perdita dell' oggetto indivisibile. Interruzione e sospensione della prescrizione.

I. — 645. Ciascuno degli eredi del debitore, o ciascun de' debitori originari, essendo debitore dell' oggetto indivisibile pel tutto

può dunque esser citato solo pel tutto, e non potrebbe astringere il creditore a chiamar in causa i condebitori; ma, siccome tuttavia non deve il debito egli solo *totaliter*, à il dritto di esigere un termine per metter in causa i suoi coeredi (Poth. 330 a 331).

Del resto, egli è così sol quando il debito non è di natura da non poter esser soddisfatto che dall' erede citato. Laonde, allorchè può soddisfarlo ciascuno separatamente (per esempio quando trattasi di un dritto di passaggio che il debitore defunto si fosse obbligato a far avere a qualcuno sul fondo d'un terzo), la nostra regola si applica, e l'erede citato può chiamar in causa i suoi coeredi prima di rispondere al creditore. Dicasi lo stesso, e con più ragione, se il debito non possa venir soddisfatto che da tutti i coeredi insieme (p. es. se il dritto di passaggio stato promesso su un immobile del defunto deve attraversare questo immobile in ciascuna delle parti oggidì appartenenti a ciascuno degli eredi separatamente).

Ma, se il debito fosse di natura da non poter essere soddisfatto che dall' erede citato (se il passaggio non dee farsi che sopra un immobile compreso in intero nella sua quota), questo erede può allora esser condannato senza dilazione, salvo a farsi indennizzare dai suoi coeredi, ciascuno per la sua parte (tranne, ben inteso, se sia stato mercè la divisione medesima gravato dell' obbligo di pagar il debito egli solo).

II. — 646. Quando il condebitore citato à messi in causa i suoi condebitori, e pel rifiuto d' eseguire il debito si converte in debito di danni e interessi, siccome questi danni e interessi son divisibili e se ciascun debitore doveva il tutto, era soltanto per l'impossibilità di dividere l'oggetto dovuto, questo debito di danni e interessi si dividerà fra tutt'i debitori, e ciascuno ne sarà tenuto per la sua parte. La è una delle differenze tra l' obbligazione indivisibile e l'obbligazione solidale, giacchè in quest' ultima i danni e interessi, ne' quali l' oggetto primitivamente dovuto si trasforma per l' ineseeuzione dell' obbligazione, son dovuti per intero da ciascuno de'condebitori. Senza fallo questi condebitori non dovrebbero i danni e interessi che venissero ad *aggiungersi* all'obbligazione primitiva, perchè non àn dato mandato *ad augendam obligationem*; ma debbono, e ciascuno pel tutto, quelli che sono la mera rappresentazione dell'oggetto dovuto, perchè àvvi tra loro reciproco mandato *ad perpetuandam obligationem*. Nell'obbligazione indivisibile, al contrario, ciascun debitore è ben tenuto *in totum*, ma non v'è tenuto così energicamente e con le stesse conseguenze, non v'è tenuto *totaliter*; solo v'è tenuto in quanto l'oggetto non possa esser diviso. Di guisa che, dal momento in cui l'oggetto primitivamente dovuto e che era indivisibile si trova sostituito da un oggetto diverso e divisibile, ciascun debitore non dee più che la sua parte. Perciò diceva il Dumoulin: *Longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam* (p. 3, n. 112). È dunque caduta in un grave errore la Camera de' ricorsi quando, per rigettare un ricorso fondato sopra una violazione evidente dell'art. 1202, à giudicato « che un'obbligazione di sua natura indivisibile è sempre solidale, benchè la solidalità non era punto stata stipulata (1).» Il *Journal du Palais* à ben ragione di dire che è da stupirsi *d' una simile eresia*.

647. Quando il debitore citato, potendo chiamare i suoi condebitori, non lo à fatto, può venir condannato egli solo e per l'intero a' danni e interessi (giacchè vi si è allora sottomesso volontariamente e vi si trova tenuto *proprio facto*); salvo, beninteso, il suo regresso.

Quando il citato poteva egli solo eseguire e non esegue, può bene ancora, pe' danni e interessi a cui è condannato, ricorrere contro i suoi condebitori (se il debito non è stato messo per intero a suo carico con la divisione); ma il suo regresso, in luogo di farsi allora per la parte di ciascuno nell'ammontare della condanna, non potrà esercitarsi che per la parte di ciascuno nel pregiudizio che il debitore citato avrebbe subito eseguendo: i debitori non debbon soffrire dal mal talento del loro coobbligato.

Infine, quando il debito è di natura da non poter esser soddisfatto che da tutti gli obbligati insieme, ed uno o più di essi rifiutino, costoro soltanto debbono pagare i danni e interessi, non potendo quelli che all' esecuzione consentono esser sottomessi a questi danni e interessi pel capriccio del loro coobbligato (Pothier, n. 334).

III. — 648. All'impossibile niuno è tenuto, e quando l' obbligazione indivisibile non può esser più eseguita, sia per la distruzione dell' oggetto, sia per altra causa qualunque, quest' obbligazione è estinta (art. 1302); salvo il dritto del creditore a' danni e interessi, se per colpa o per fatto d' uno o di più fra' debitori non possa più eseguirsi l'obbligazione. I danni e interessi in tal caso non son dovuti che dall' autore della colpa o del fatto, e non già da' suoi coobbligati, perocchè i diversi condebitori non son qui punto

(1) Sir. 25, 1, 225. — *F. du P.* 19, p. 32 (Dev., 8, 1, 2).

i rappresentanti l'uno dell'altro come nell'obbligazione solidale.

L'oggetto dell'obbligazione indivisibile non essendo suscettivo di parti, epperò niuno potendo esserne creditore o debitore per parte, ne segue che, quando la prescrizione di un tal debito è interrotta da uno de' creditori o contro uno de' debitori, lo è necessariamente pel tutto e per tutti i creditori o contro tutt'i debitori (artic. 2249-2°): evidentemente è lo stesso del caso di sospensione (art. 709, 710).

SEZIONE VI.

Delle obbligazioni con clausole penali.

1226. [1179]. La clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d'inadempimento.

649. Clausola penale si appella la convenzione accessoria che determina anticipatamente i danni e interessi che il debitore dovrà pagare, sia pel manco d'esecuzione dell'obbligazione principale, sia pel semplice ritardo apportato a questa esecuzione; o chiamasi *penale* perchè i danni o interessi sono infatti la pena imposta pel manco d'esecuzione o per l'esecuzione tardiva (art. 1229). Conveniva dunque aggiungere a queste parole del nostro articolo « in caso d'inesecuzione » queste parole « o del ritardo nell'esecuzione.»

1227. [1180]. La nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.

La nullità della clausola penale non porta seco quella dell'obbligazione principale.

650. *Accessorium sequitur principale.* Quando la convenzione principale è nulla, è ben chiaro che è nulla del pari quella accessoria; quando la convenzione principale non deve eseguirsi, è ben evidente non esservi luogo a danni e interessi pel manco o pel ritardo d'un' esecuzione non dovuta. Così, quando Pietro à promesso di commettere il tal delitto, e si è inoltre sottomesso a pagare 500 fr. se non lo commettesse, si comprende perfettamente che la seconda convenzione è infetta della medesima nullità della prima, e che Pietro non potrà esser obbligato di pagare i 500 fr., perchè si sarà astenuto dall'adempiere a un fatto da cui era suo dovere di astenersi.

Ei non è meno evidente che la nullità della convenzione accessoria non può far cadere la convenzione principale quando questa è valida. Così, quando voi vi siete obbligato a costruirmi una casa prima che passi l'anno e promettete poi di non usare del dritto elettorale alle prossime elezioni se non adempirete all'obbligazione assunta, s'intende da sè che la nullità di questa promessa secondaria non può viziare la promessa principale.

Del resto, noi abbiam già fatto comprendere sotto l'art. 1121 che la prima regola del nostro articolo non s'applica punto al caso in cui l'obbligazione principale fosse nulla per effetto della mancanza d'un interesse che la clausola penale ha precisamente per iscopo di determinare. Così, quando io m'obbligo verso voi di pagare a Paolo una rendita vitalizia di 500 fr., e vi prometto inoltre di pagarvi 6,000 fr. se non adempio; allora è la clausola penale che viene a validare l'obbligazione principale, la quale sarebbe stata nulla senza di quella. Il nostro articolo, come abbiam già detto, non intende parlare che della convenzione principale, la quale resta nulla dopo l'aggiunzione della clausola accessoria come era per l'innanzi.

1228. [1181]. Il creditore può agire per l'esecuzione dell'obbligazione principale, invece di domandare la pena stipulata contro il debitore che è in mora.

651. In regola generale, il creditore che si fa fare una promessa secondaria pel caso in cui non s'adempisse alla principale intende bene restar arbitro d'esiger sempre l'adempimento della prima convenzione. Ma sarebbe altrimenti e il nostro articolo più non si applicherebbe, ove fosse riconosciuto che l'intenzione comune de' contraenti è stata di far una novazione condizionale ossia di convenire che la prima obbligazione, se non fosse adempiuta nel tempo indicato, si troverebbe estinta e surrogata dalla seconda. Egli è evidente che il creditore in questo caso non potrebbe reclamare contro il debitore in mora di adempiere alla prima convenzione se non che l'esecuzione della convenzione sussidiaria.

1229. [1182]. La clausola penale è la compensazione dei danni ed interessi che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.

Non può egli dimandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per il semplice ritardo.

652. Ei non si penserà sempre a spiegare

categoricamente se la pena sia stipulata pel manco d'esecuzione dell'obbligazione principale ovvero pel semplice ritardo apportato a questa esecuzione. La sarà una quistione d'intenzione da decidersi a norma delle circostanze, e che si risolverà quasi sempre col solo ragguaglio tra l'importanza della pena e l'importanza dell'oggetto principale.

Talfiata pure questa importanza dell'oggetto promesso a titolo di pena farà comprendere qual sia stato nell'intenzione delle parti l'oggetto principale. Così, quando noi facciamo una transazione sopra beni d'un valore di 200,000 fr. e conveniamo che colui il quale non eseguisse ed intentasse una lite pagherebbe una somma di 1, 200 fr., è ben chiaro che questa pena di 1, 200 fr. non è mica stipulata per sostituire i beni che la lite potesse far perdere; e che quandanco io guadagnassi la lite che voi m' intentate, voi mi dovete i 1,200 fr. pel solo fatto dell'azione che dirigete contro di me: il principale era qui la tranquillità ch'io voleva serbare e che voi siete venuto a turbarmi.

1230. [1183]. Tanto nel caso che l'obbligazione principale contenga un termine nel quale debba eseguirsi, quanto nel caso che non lo contenga, la pena non s'incorre se non quando è in mora colui che si è obbligato o a dare, o a ricevere, o a fare.

653. La clausola penale non essendo che la fissazione anticipatamente fatta de'danni e interessi, bisogna dunque applicar qui ciò che si è detto nella sez. IV per la messa in mora per la quale son dovuti i danni e interessi.

1231. [1184]. La pena può essere modificata dal giudice, allorchè l'obbligazione principale è stata eseguita in parte.

654. Quando l'obbligazione principale si trova adempiuta per parte, il giudice dee considerare in fatto, in mancanza di spiegazione precisa su questo punto, se la pena, nell'intenzione delle parti sia dovuta in intero, solperchè la convenzione non sia eseguita completamente, ovvero non debba esser pagata che in parte e in proporzione di ciò che manca all'adempimento totale. Così, quando voi m'avete promessa una somma pel caso in cui la casa che intraprendete per me non fosse costruita alla tal'epoca, mi dovrete l'intera somma, ancorchè la costruzione all'epoca indicata fosse fatta per metà o per due terzi, non potendo io trarre alcun prò da una casa non terminata. Che se per converso trattisi d'un pezzo di terra, che voi dovevate lavorare per me, è affatto naturale che non siate condannato se non a pagarmi la metà della somma promessa, se la metà del pezzo di terra è lavorata per l'epoca convenuta.

1232. [1185]. Quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, la pena s'incorre per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore, e può domandarsi, o per intiero contro il contravventore, ovvero contro ciascuno dei coeredi per la loro quota e porzione, e coll'azione ipotecaria per il tutto, salvo il loro regresso contro colui per il cui fatto si è incorsa la pena.

655. Questo articolo suppone naturalmente, e ciò difatti à luogo le più volte, che la clausola penale abbia per oggetto una somma di danaro. Una volta ammessa quest'idea, si comprende di leggieri che, quando la clausola penale è dovuta per tutti i coobbligati a un medesimo debito, si divide fra loro egualmente. Ma come mai, anche in un debito indivisibile, è dovuta da tutti per la contravvenzione d'un solo? esempli grazia perchè un di essi avrà distrutto con la sua colpa o col suo fatto l'obbietto dell'obbligazione? Non è questa una contraddizione a ciò che si è detto sotto l'art. 1225, n° II., pe' danni e interessi?... Siffatta regola, copiata come tutte le altre nel Pothier (n° 315), il quale egli stesso l'avea presa nel Dumoulin, proveniva, nel loro pensiero, da un principio analogo a quello dell'art. 1207, cioè che i danni e interessi, quando sono così stipulati anticipatamente, costituiscono davvero un'obbligazione speciale contratta sotto la condizione dell'inesecuzione dell'obbligazione principale; per guisa che la è, contro i diversi condebitori, la domanda d'esecuzione d'un'obbligazione che si trova essere stata contratta da tutti *ab origine*. Circa a quello de'debitori che à commessa la contravvenzione, siccome, in diffinitiva, egli solo dee sopportare l'ammontar della pena e dovrebbe far indenni i suoi condebitori delle parti che questi avessero potuto pagare, era naturale d'accordare al creditore il dritto di convenirlo per la totalità.

656. Non accade dire, del resto, che la regola del nostro articolo s'applica del pari nel caso di più condebitori originari del debito indivisibile come nel caso di più eredi di unico debitore.

1233. [1186]. Quando l'obbligazione principale, contratta sotto una pena, è divisibi-

le, non s' incorre la pena che da quello degli eredi del debitore che contravviene a tale obbligazione, e per la parte solamente della obbligazione principale per cui era egli tenuto, senza che si possa agire contro coloro che l' hanno eseguita.

Questa regola ammette eccezione allorchè, essendo stata apposta la clausola penale ad oggetto che non si potesse fare il pagamento parzialmente, un coerede ha impedito che l' obbligazione venisse per intiero adempita: in questo caso può esigersi da esso la pena intiera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso.

657. Il comma 1º si spiega da sè. Quando l'oggetto dovuto, perfettamente divisibile, può esser fornito per parte, e de' diversi debitori, ciascun de' quali non ne à da pagare che la sua parte, l'uno esegue e l'altro ricusa, è naturale che i danni non sien dovuti se non in proporzione della parte non eseguita dell'obbligazione; che pertanto sieno dovuti dal contravventore soltanto e per la sola sua parte.

Ma se restando l'obbligazione divisibile perchè è divisibile il suo oggetto, àvvi però indivisibilità *quoad solutionem*, ossia convenzione espressa o tacita, che l' oggetto non potrà pagarsi parzialmente (sia che questa indivisibilità *solutionis* risulti precisamente dall'aggiunzione della clausola penale, come suppone il nostro articolo, sia che da una delle cause indicate nell'art. 1221), in tal caso il pagamento non potendo farsi per parte, ed ogni inesecuzione essendo di necessità un'inesecuzione totale, era conseguente d'applicare a questa indivisibilità del pagamento la pena statuita dall' articolo precedente per l'indivisibilità di essa l'obbligazione. E ciò fa appunto il nostro 2º comma.

Che se, nel caso d'un'obbligazione completamente divisibile, anche *quoad solutionem*, uno de' debitori vi à contravvenuto pel tutto egli solo (caso non preveduto dal nostro 1º comma, che suppone una contravvenzione soltanto parziale), qual regola si applicherà?

658. Il Pothier (nº 364), il quale eleva e tratta questa quistione riproducendo Damoulin, decide doversi allora seguire la regola fermata pel caso d' indivisibilità. Ma egli è da notare che il Pothier non decide così la quistione che su un esempio, e che questo esempio, dato come ipotesi di un'obbligazione divisibile anche *solutione*, è precisamente quello d'un'obbligazione *indivisibile* sotto tal rispetto (chè questo esempio è quello d' una locazione a colonia, cui il Pothier al nº 315 à presentato con ragione come un caso d' indivisibilità *solutione*). Se dunque il debito fosse veramente divisibile, eziandio *quoad solutionem*, si avrebbe a decidere altrimenti.

Così Pietro à promesso a Paolo le 10 botti di vino che aveva nella sua cantina e si è obbligato a pagargli in caso d'inesecuzione 6,000 fr.; indi muore lasciando due eredi, uno dei quali versa sul suolo tutto il vino, o lo vende e lo consegna a un terzo... Ei ci sembra che Paolo non potrà domandar nulla al secondo erede, il quale si trova liberato con la perdita del vino o coll' esser questo stato messo fuori commercio in quanto a lui (art. 1391), e che egli non potrà agire se non contro il primo, domandandogli primamente 3,000 fr. per la sua metà nella clausola penale, poi gli altri 3,000 a titolo di danni e interessi ordinari in virtù dell' articolo 1333.

659. Il Pothier dà un po' più innanzi (nº 364), ad un' altra quistione una soluzione molto più soddisfacente e che non si può non adottare sotto il Codice.

Egli insegna che, eziandio nell' obbligazione indivisibile, se àvvi contravvenzione verso uno de' *creditori* (o uno degli eredi dell' unico creditore), la pena, nonostante l' indivisibilità del principale, non sarebbe dovuta che per colui verso il quale si contravviene e per la sua parte.

In sostanza egli dice che « quando voi vi siete obbligato a lasciarmi passare nel vostro parco sotto una pena di dodici lire, e dopo la mia morte lasciate passare tre de'miei eredi ricusando il passaggio al quarto, la pena sarà dovuta a questo quarto soltanto e per la sua quarta parte, posciachè egli solo soffre della vostra contravvenzione. Ciò diceva già il giureconsulto Paolo (l. 2 in fine *de verb. oblig.*); e se Ulpiano decideva altrimenti (l. 3, § 1), era per una sottigliezza che non potrebbe seguirsi nel nostro dritto francese. »

CAPITOLO V.

DELL'ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI

1234. [1187]. Le obbligazioni si estinguono,

Col pagamento,

Colla novazione,

Colla remissione volontaria,

Colla compensazione,

Colla confusione,

Colla perdita della cosa,

Colla dichiarazione di nullità o colla rescissione,

Per effetto della condizione risolutiva spiegata nel precedente capitolo,

E colla prescrizione, che formerà il soggetto d' un titolo particolare.

SOMMARIO

I. Modi generali d' estinzione delle obbligazioni. — Se ne possono contar dieci.
II. Critica ed osservazioni sulla dottrina del Toullier e del Duranton.

I. — 660. Il Codice c' indica qui nove cause di estinzione delle obbligazioni di cui le prime sette saran l' obbietto d' altrettante sezioni componenti il nostro cap. V; l'ottava, la condizione risolutiva, è stata spiegata nel capitolo precedente (art. 1138-1188); la nona, e ultima, la Prescrizione, fa l' oggetto, come già si sa, dell' ultimo titolo del Codice (art. 2219 e s.).

661. Questi nove modi d' estinzione indicati dal testo sono:

1. *Il pagamento.* Bisogna ben osservare che questa parola non è punto qui presa nel senso che d' ordinario le si dà e per significare soltanto la prestazione d' una somma di danaro; significa la *solutio obligationis*, lo scioglimento del *vinculum* mercè l'adempimento di ciò a cui si era tenuto: in altri termini l' esecuzione dell' obbligazione. Così secondo che la mia obbligazione avea per oggetto o una somma di danaro, o un cavallo, o una casa da fabbricare, o un viaggio da fare, la consegna del danaro, la tradizione del cavallo, la costruzione della casa o l' effettuazione del viaggio costituirebbero *il pagamento* della mia obbligazione. L' art. 1237 prova che i redattori ànno bensì usata la voce *pagamento* in questo senso ampio e non in quello più ristretto di prestazione d' una somma, giacchè presenta come caso di pagamento l' adempimento di un'obbligazione di fare.

2. *La novazione* ossia la sostituzione d'una nuova obbligazione alla preesistente. Così, quando noi conveniamo che voi mi darete una somma di danaro invece del cavallo che mi dovevate, l' obbligazione di darmi il cavallo s' estingue per far luogo a quella di pagar la somma convenuta.

3. *La remissione del debito* : Si potrebbe dire a rigore esservi remission di debito ogni qual volta il creditore affranca il suo debitore dall' esecuzione dell' obbligazione, di guisa che il caso di novazione che abbiamo indicato sarebbe anche un caso di remissione del debito, poichè mediante la nuova obbligazione di pagar una somma è stata rimessa l'obbligazione di dar un cavallo); ma non si prende in questo senso l' espressione di *remission di debito*: non s' intende che del caso in cui il creditore affranca il debitore senza che vi sia da parte di questo nè pagamento nè sommessione a una nuova obbligazione. Si potrebbe dunque distinguere la *remissione per novazione* e la *remissione semplice*: ma noi si fa, e l' uso è di non dare che a quest' ultima il nome di *remissione del debito.* Del resto questa remissione propriamente detta può farsi o a titolo gratuito o a titolo oneroso. Così io posso liberarvi dal vostro debito di 500 fr. senza ottenere alcun equivalente o per farvene dono ; che se per contra conveniamo di tenerci reciprocamente soddisfatti dell' obbligazione in cui voi eravate di costruirmi una casa e della mia obbligazione correlativa di pagarvi 30,000 fr., questa convenzione presenta due remissioni di debito che sono entrambe a titolo oneroso.

4.° *La compensazione*: Si è la neutralizzazione di due obbligazioni che si estinguono l' una coll'altra, perchè il creditore dell'una trovasi essere il debitore dell' altra, e viceversa.

5.° *La confusione* : È la riunione su una medesima persona delle due qualità di creditore e di debitore d' una medesima obbligazione.

6.° *La perdita della cosa*: All' impossibile nessuno è tenuto; ed è quindi ben chiaro che, se l' oggetto determinato ch' io doveva procacciarvi venga a perire, io non posso più essere nell' obbligazione di darvelo. Ma evidentemente non solo nel caso d' una cosa da dare e che venga a perire si presenta l' impossibilità dell' esecuzione; se io doveva fare per voi un viaggio entro il tal mese e durante tutto il mese son ritenuto in letto dalla malattia, è chiaro ch' io non son più tenuto. Conveniva dunque qui dire che l'obbligazione s'estingue non pure *con la perdita della cosa*, ma più generalmente *con ogni evento che renda l' esecuzione impossibile.* Fa maraviglia che nè il Toullier nè il Duranton abbiano fatta questa osservazione.

7.° *La nullità* o *la rescissione*: Bisogna far qui due osservazioni importanti. La prima è che il Codice non intende qui parlare della nullità in sè, ma solo della nullità pronunziata dal magistrato, della sentenza che la dichiara. La seconda è che non si tratta della nullità propriamente detta, della sentenza che riconosce e proclama esser l'obbligazione radicalmente nulla e non aver mai avuta esistenza legale, ma della semplice rescissione o annullamento, val dire della sentenza che infrange l' obbligazione riconoscendola infetta d' un vizio che permette d'annullarla. È chiaro infatti che, se l'obbligazione è riconosciuta essere stata sempre nulla, non esistente, non può esser quistione della sua estinzione, chè,

per estinguersi, per cessar di essere bisogna necessariamente aver esistito. Onde si tratta soltanto della sentenza che pronunzia l'annullamento d'un'obbligazione la quale, benchè viziosa, esisteva nondimeno ed avrebbe continuato ad esistere e sarebbe anzi divenuta pienamente valida, se non fosse stata impugnata nel termine e sotto le condizioni volute dalla legge (V. art.1304 e s.). Giusta quanto precede, si vede che l'autore delle *Pandette francesi* è caduto in un grave errore quando appunta il nostro articolo di presentar come causa d'estinzione la nullità radicale: « La nullità, dic' egli, non è mica un modo d'estinzione. La convenzione nulla non esiste; e ciò che non esiste non può estinguersi. Neppur la sentenza estingue l'obbligazione; la dichiara nulla, cioè inesistente (n. 184). Come non à veduto il Delsporte che il Codice, qui come quasi ovunque, intende per *nullità* il semplice *annullamento*, che la sez. VII del nostro capitolo, che tratta *dell' azione di nullità o di rescissione delle convenzioni*, non s' occupa che delle convenzioni viziose, annullabili, e non mica delle convenzioni assolutamente nulle, inesistenti, come sarebbero quelle d'un matto?. Così nel titolo del Matrimonio il cap. IV, *delle domande di nullità*, non s' occupa che dei matrimoni annullabili e non già di quelli radicalmente nulli e senza esistenza legale.

8.° *L'effetto della condizione risolutiva*: È ben evidente che si tratta soltanto della condizione risolutiva che si avvera innanzi l'esecuzione delle obbligazioni, giacchè per quella che s' avverasse sol quando le obbligazioni fossero già eseguite, è ben chiaro che questa non potrebbe estinguere obbligazioni non più esistenti e anteriormente estinte col pagamento. All' opposto, l' effetto della condizione risolutiva non potrebbe esser allora che di far nascere delle obbligazioni, lungi dall'estinguerne: potrebbe far nascere le obbligazioni contrarie e reciproche a quelle che sonosi eseguite. Così per esempio, quando noi conveniamo che vi darò fra sei mesi la mia biblioteca e che voi me la pagherete 10,000 fr., ma che il contratto sarà non avvenuto se mio fratello, il cui ritorno più non si spera, ritorni tuttavia; in tal caso il ritorno di mio fratello estinguerà bensì le due obbligazioni, se avverrà prima de' sei mesi; ma se avrà luogo più tardi, dopo ch' io v' avrò consegnata la biblioteca e ricevuti da voi i 10,000 fr., non potrà estinguere delle obbligazioni che più non esistono, ma al contrario farà nascere contro di me l'obbligazione di restituirvi i vostri 10,000 fr., e per voi quella di rendermi la biblioteca.

9.° *La prescrizione*: La prescrizione, che è, come si è veduto all' art. 712, un de' modi d' acquistare la proprietà o i suoi smembramenti, è altresì un de'modi d' estinzione delle obbligazioni, per guisa che si distingue la prescrizione ad acquistare o usucapione (*usu-capere*, acquistare coll'uso, o col possesso) e la prescrizione per liberarsi (art. 2219). Ma questo nono modo d'estinzione, come il settimo (la nullità dell' obbligazione) mai non opera di pieno dritto: la prescrizione non produce il suo effetto e non estingue l'obbligazione che quando è formalmente invocata dal debitore. — Gli autori ànno avuto torto di non far quest'osservazione (1); e cotale silenzio, che sembra presentar la prescrizione come estintiva di pieno dritto del debito, pel solo lasso del tempo richiesto, à provocata da parte dello Zachariae la critica del nostro articolo: « La prescrizione, egli dice, non estingue tampoco l' obbligazione; e a torto l'articolo 1234 l'alloga fra'modi d'estinzione; l'obbligazione prescritta non cessa d'esistere finchè non si sia opposta la prescrizione: » E sì è certo che l'obbligazione sussiste malgrado la prescrizione avversta; chè, se il debitore che à prescritto por paghi, è chiaro che non sarebbe più ricettibile a venir a reclamare dipoi ciò che avesse così pagato; or se non può ripeterlo, dunque lo dovova, e la sua non è ripetizione d' indebito (art. 1235). È dunque esatta l' osservazione di Zachariae. Ma non basta qui forse spiegar il testo; e il rimprovero che al Codice si rivolge non dee per avventura ricader sugl'interpreti che non àn mica indicato come si tratti, non della prescrizione *avverata*, ma di quella *avverata e opposta* dal debitore?

662. A nove modi d' estinzione del nostro articolo è da aggiungere: 10° il lasso del termine pel quale è stata imposta l'obbligazione.

Oltre a questi dieci modi generali, ànnovi assai altre cause d'estinzione peculiari a questa o quella specie d'obbligazione. Così l'obbligazione per un tutore di amministrare la persona e i beni del pupillo cessa non pure con la morte dell'uno o dell'altro, ma sì con la maggioretà o l'emancipazione del secondo, con la destituzione o la scusa del primo; la mia obbligazione d'esercitar il mandato che ò accettato finirà non solo con la mia o con la vostra morte, ma si con la mia rinunzia o con la rivocazione che voi pronunziate della missione affidatami ecc. Ma le son cause d'estinzione affatto *speciali*, di cui pertanto non doveva occuparsi la legge in un titolo consa-

(1) Toull. (VII-3); Delvinc; Duranton (XII. 2); Demante, (*Progr.* II, 687).

cralo ai principî *generali* delle obbligazioni.

II. — 663. Circa a' modi generali d'estinzione, non ne vediamo altri dagl' indicati in fuori. Vero è che Toullier (VII, n. 2-8°) aggiunge la *prestazione del giuramento deferito al debitore*, e Duranton (XII-3) *l'autorità del giudicato*; ma son due gravi inesattezze.

In dritto il giuramento deferito al debitore o da lui prestato, non che *estinguere* il debito, viene a *provare* o che questo debito non à mai esistito o che non esiste più. In fatti, il giuramento che un sedicente creditore, privo di pruove in appoggio della sua pretensione, deferisce al suo preteso debitore, non vien mai domandato ad un avversario che si riconosca debitore (chè s' egli convenisse di esserlo, sarebbe immediatamente condannato); lo si domanda a colui che nega il debito, o sulla quistione di sapere se è ben vero, come egli dice, che il debito punto non esiste: lo attore dichiara accettare come vero il giuramento del convenuto, e questi giura che non deve nulla; è dunque legalmente riconosciuto che il preteso debito punto non esisteva. Al certo accade, e non di rado, che il giuramento del convenuto sia falso, e che *in fatto* il debito esista; ma *in dritto* e *legalmente* non v'à debito e l'obbligazione è riconosciuta non esistere; come dunque venire a dire esservi in ciò una *estinzione legale* dell' obbligazione? Come mai pretendesi destinguer legalmente ciò che legalmente punto non esiste? . . . È a dirsi lo stesso della sentenza. Quando un tribunale, nel giudicar tra due parti di cui l' una dicesi creditrice e l' altra pretende non dover nulla, finisce col credere e dichiarare che *il debito non esisteva*, è chiaro che non si può parlare della estinzione di questo debito! indubitatamente, *in fatto*, i giudici an potuto ingannarsi; ma *in dritto* non è poi così: ogni sentenza passata in giudicato è una proposizione emanata da un' autorità legalmente infallibile: *res judicata veritas est*.

664. Che vi sia stata gente, estranea alle teorie legali, la cui mente non percepisce che i fatti, e presso cui nulla è venuto a sviluppare il senso giuridico, la quale abbia veduto in ciò delle estinzioni d' obbligazioni, è cosa non da recar meraviglia; ma che de' giureconsulti, de' maestri della scienza, possano disconoscere a tal punto i principî più elementari, le idee più fondamentali, è un fatto questo strano quanto increscevole. . Insistiamo qui (fosse pur solo per esercitare i giovani adepti della scienza a giudicar da sè stessi e impedir loro di giurar sulla parola del maestro), insistiamo sul ragionamento che presenta Duranton in appoggio della sua dottrina, e che è pur la base implicita di quella di Toullier.

Tal ragionamento mena a questo: In realtà vi era debito; or per l' effetto della sentenza sovrana non v'à più debito; adunque vi è stata estinzione del debito . . . . . Noi non diremo esservi qui una confusione imperdonabile del fatto e del dritto: togliamo il ragionamento tal quale è, diciamo: « Parlate voi dal punto di veduta *del fatto*? allora, vi era debito prima della sentenza, e la vostra prima proposizione è vera; ma eziandio v' à ancor debito (*in fatto*) dopo la sentenza (chè io non so come la sentenza del giudice possa mutar la realtà delle cose); quindi la vostra seconda proposizione è falsa, e la vostra conclusione non val nulla . . . Parlate forse *in dritto*? allora, è vero che dopo la sentenza non v' à debito, e la vostra seconda proposizione è vera; ma ancora non v' era tampoco debito (in dritto) prima della sentenza, nol dimentichiamo, non è che dichiarativa; essa comprova e non crea); quindi, la vostra prima proposizione è falsa, e la vostra conclusione non vale ancor nulla.»

È dunque ben evidente, che nè il giuramento prestato dal debitore, nè l' autorità della cosa giudicata estinguon mai un' obbligazione. Egli è in vero avventurosa cosa; chè come assolvere un Codice che esigesse *in principio legale* l' idea che un tribunale può a suo talento infrangere i dritti del creditore, e che il debitore può sempre liberarsi con uno spergiuro ? . . . Non solo la dottrina di Toullier e di Duranton viola i principî del dritto e le regole del ragionamento, ma insulta, senza che ei se l' abbian osservato, alla moralità del legislatore.

SEZIONE I.

Del pagamento.

665. Il Codice si occuperà qui successivamente ed in quattro paragrafi distinti: 1.° del pagamento in sè stesso: 2.° del pagamento con surrogazione, ossia del pagamento fatto, in soddisfazione del debitore, da una persona che si trova sostituita ai dritti del creditore; 3.° dell' imputazione dei pagamenti, ossia del modo di applicazione del pagamento quando vi son più debiti a ciascuno de' quali è applicabile, e non è sufficiente per estinguerli tutti; 4.° delle offerte e della consegna, che divengono pel debitore l' equivalente del pagamento ordinario, allorchè il creditore ricusa di ricevere questo pagamento.

Fedeli alla regola che ci siamo imposti di non trasporre i testi della legge che quando

v' à necessità di farlo, seguiremo in ciò l' ordine del Codice; ma ci sembra impossibile di fare altrettanto pel quinto paragrafo della nostra sezione, il quale tratta *della cessione di beni*; e rigetteremo fuori della nostra materia delle *obbligazioni* la spiegazione de' sei articoli di cui si compone quest' ultimo paragrafo. La cessione di beni, in fatti, non à alcun rapporto con le regole del pagamento, poichè non è altro che un mezzo offerto al debitore che non può pagare, di giungere con l' abbandono di tutto ciò che possiede, non a liberarsi, ma soltanto a sottrarsi alla prigionia: nella materia dello *arresto personale*, a cui offre un mezzo di sfuggire, deve la cessione di beni essere allogata, e quivi ancora noi la studieremo. Pothier, come è naturale, si era astenuto dal trattare del benefizio di cessione nella materia del pagamento; e, non senza meraviglia, vedesi Duranton (XII, n° 8) trovar appieno naturale questa divisione de' cinque paragrafi del Codice.

§. 1.°

Del pagamento in generale.

666. Il Codice, dopo di aver indicato nel primo articolo di questo paragrafo alcune idee preliminari sul pagamento, seguirà l'ordine di Pothier e ci dirà successivamente:

2.° Da chi deve farsi il pagamento (art. 1236-1238);

3.° A chi deve farsi (art. 1239-1242);

4.° Come ed in quale stato deve la cosa pagarsi (art. 1243-1246);

5.° Infine, ove ed a spese di chi deve farsi il pagamento (art. 1247-1248).

1. Nozioni preliminari sul pagamento.

1235. (1188). Qualunque pagamento suppone un debito: ciò che fu pagato senza essere dovuto, è ripetibile.

La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte.

SOMMARIO

I. Ripetizione dell' indebito. — Rinvio. — Osservazione.
II. Obbligazione naturale, *quid*? Errore degli autori: Rinvio.
III. Essa diviene efficace civilmente mercè l' esecuzione fatta in cognizione di causa.

I. — 667. Abbiam veduto che chiamasi *pagamento* l' esecuzione d' un' obbligazione, la liberazione del debitore con lo adempimento di ciò a cui era tenuto. Se così è, è ben chiaro che il pagamento suppone un debito, e che quando non v' à debito, non v' à pagamento possibile.

Secondo ciò, è evidente di non doversi prendere alla lettera la seconda proposizione del nostro articolo, che ciò che si è *pagato* senza esser *dovuto* è soggetto a ripetizione; chè, ammesso che senza debito non v'à pagamento possibile, una cosa che non è dovuta non può esser pagata...

Ma se la cosa che non è dovuta non può esser *pagata*, può ben esser *procurata*, per errore o altramente, *a titolo di pagamento*; pertanto, allorchè io credo dovervi 2,000 fr. che non vi debbo, o quando mi credo a torto lo erede di colui che doveva costruirvi un muro, è chiaro che nel venire ad enumerarvi i 1000 fr. o a costruire il muro, io credo fare un pagamento, tuttochè in sostanza nol faccia mica, e che la costruzione del muro o la consegna del danaro ben si fa a titolo di pagamento. Lo articolo significa dunque che tutto ciò che è procurato a titolo di pagamento, senza esser realmente dovuto, dà luogo a ripetizione.

Le regole della *ripetizione dell'indebito* saranno sviluppate più innanzi sotto gli art. 1376-1381, ma dobbiamo insistere sin da ora su questa idea, che per esser ripetuto come non dovuto, è uopo 1° che l'oggetto sia stato procurato a titolo di pagamento, e 2° che non fosse dovuto nè civilmente nè naturalmente.

668. È mestieri innanzi tutto che l' oggetto sia stato attribuito a titolo di pagamento; chè se lo fosse stato a titolo di dono, se fosse risaputo che colui che vuol ripetere oggi aveva inteso fare una liberalità, è chiaro che non vi sarebbe più luogo alla ripetizione *dell' indebito*, è chiaro che non si potrebbe riprender la cosa fondandosi sul non essere stata dovuta, poichè non come dovuta è stata essa attribuita; senza dubbio, direbbe colui che à ricevuto, la cosa non mi era dovuta; ma io pretendo serbarla non come dovuta, ma come donata; non come creditor pagato, come donatario... Del resto, diciamo che non vi sarebbe luogo a ripetizione *dello indebito*, ma non diciamo che non vi sarebbe luogo *a ripetizione*. Ciò dipenderebbe dal punto di sapere, se la donazione che si riconosce fatta è stata valida o nulla; se per esempio fossesi in tal guisa donato un immobile, la donazione sarebbe nulla e lo immobile potrebbe esser ripreso: ma potrebb' esser valida se si trattasse di un oggetto mobiliare (V. *la nostra teoria de' doni manuali* art. 931, n° III). Per la qual cosa, non sarebbe più la ripetizione *dello indebito*; sibbene un caso che è estraneo alla materia

del pagamento, alla materia delle obbligazioni, e che rientra nelle regole delle donazioni.

È uopo inoltre, perchè vi sia ripetizione dello indebito, che la cosa attribuita a titolo di pagamento fosse veramente non dovuta, ossia che non fosse l'oggetto nè d'un debito civile, nè d'un debito naturale; chè se vi fosse obbligazione naturale e che la cosa sia stata procurata nella intenzione di pagare quest'obbligazione, la ripetizione non sarebbe ammessa. Ciò appunto dichiara il 2° comma del nostro articolo.

II. — 669. Ma che intendesi per obbligazione naturale? La è questa una quistione dilicata, su cui la dottrina degli autori è poco precisa, poco esatta, e che à dato luogo a gravi errori, come vedremo in questo n° stesso ed anche al n° III dello art. 1272.

L'obbligazione semplicemente naturale è evidentemente quella che esiste secondo l'equità senza esser riconosciuta dalla legge civile, quella che è valida in coscienza e nulla in dritto. Ma questa definizione, per chiara ed esatta che sia, è nonpertanto lungi dall'esser soddisfacente, sotto il Codice civile, sembra anzi inintelligibile a prima giunta.

In effetto, poichè il nostro dritto francese, a differenza del dritto romano, segue ovunque le regole della ragione, e per esso ogni convenzione è obbligatoria dal momento che è seria e lecita, non si vede come un'obbligazione possa esistere in equità senza però esistere in dritto; non si vede come la legge possa riconoscere che un'obbligazione è giusta, ragionevole, e pure ricusarle ogni efficacia?.. Bisogna dunque, per far comprendere presso di noi l'obbligazione naturale, darne una definizione che vada più al fondo delle cose e faccia comprendere le circostanze affatto eccezionali in cui può presentarsi. Diremo dunque, l'obbligazione naturale esser quella che il legislatore, dopo averle ricusata l'ordinaria efficacia, perchè si trova sotto una presunzione generale d'inesistenza o d'invalidità, giunge poi a sancire, perchè un'esecuzione libera, una novazione volontaria o qualche altro atto, onde risulti il valore reale del debito, venga a provare al legislatore che la sua presunzione era fallace per questo caso particolare.

Così, quando la legge permette d'annullare ogni obbligazione contratta da un incapace, gli è per la presunzione generale che l'incapace si è obbligato senza l'intelligenza sufficiente di ciò che faceva, e che non sarebbe giusto di mantenerlo nella posizione in cui l'à messo la sua inespertezza; ma, se l'incapace, anche dopo aver fatto annullare la sua obbligazione, venga per mezzo de'suoi rappresentanti agenti regolarmente, o venga egli stesso dopo divenuto capace, ad adempier liberamente alla sua obbligazione, la legge ne conchiude, come di ragione, che la sua presunzione d'inespertezza e di lesione dava in falso in questo caso, che l'obbligazione in fondo aveva tutto il suo valore; e se l'obbligato volesse più tardi rifarsi su questa esecuzione, che contiene dal canto suo la confessione della sincerità o della giustizia del suo debito, sarebbe respinto. Del pari, se la legge, compiuto il tempo della prescrizione, permette al debitore di francarsi dalle sue obbligazioni, è per l'idea che un sì lungo spazio di tempo, scorso senza reclamo del creditore, dee far pensare o che il debito non avea nulla di serio o che ora stato saldato o che il creditoro conosceva la poca equità del suo titolo, o che v'era alcun altro motivo legittimo per non far eseguire l'obbligazione, ma se il debitore trinceratosi da prima dietro la prescrizione venga poi di suo grado ad adempiere all'obbligazione, la legge vede in questo atto del debitore che riconosce il suo errore o si pente della sua mala fede la prova dell'inapplicabilità della sua presunzione, e s'oppone pertanto ad ogni ripetizione ulteriore. Così ancora il Codice eleva a presunzione generale l'idea che ogni debito di giuoco o di scommessa è irragionevole, senza fondamento serio, e indegno d'esser rispettato e protetto; ma se il perdente, eseguendo liberamente la sua promessa, provi che l'à trovata moderata, conveniente e saggiamente proporzionata alla sua fortuna, la legge, in grazia della confessione che risulta dal pagamento effettuato, ricuserà la ripetizione (art. 1965, 1967).

670. L'obbligazione naturale sotto il Codice civile (e a differenza dal dritto romano, in cui formava una classe ben altrimenti ampia) è dunque unicamente quella che il legislatore finisce col sancire, dopo l'esecuzione volontaria o qualche atto equivalente, perchè è così provato che la presunzione in virtù di cui quest'obbligazione avea dovuto sin allora restare inefficace è inapplicabile.

Ma bisogna ben guardarsi dal porre fra lo obbligazioni naturali, come spesso si è fatto, quelle la cui invalidità dipende da un divieto della legge che le riprova e le condanna come contrarie all'ordine pubblico. È impossibile infatti ammettere che, pur vietando una convenzione come contraria al buon ordine o all'interesse generale, la legge s'incarica di proteggere l'esecuzione di questa convenzione; sarebbe un mettere il legislatore in contraddizione flagrante con sè stesso. La giurisprudenza l'à compreso infine, e numerosi arresti àn proclamato questo principio

ad occasione de' patti segreti nelle trasmissioni di cariche (1).

III. — 671. Dopo la spiegazione data si vede che, se il Codice sancisce l'obbligazione naturale, è non pur *dopo l'esecuzione* (o altro atto equivalente), ma altresì e precisamente *a causa dell' esecuzione* e perchè vede nel fatto d' un debitore che venga a pagare o altrimenti a riconoscere la sua obbligazione, quando sa di non poter esservi astretto, l' energica confessione dell' esistenza e del valore del debito. Perciò il nostro articolo domanda, per ricusar la ripetizione, che il debitore abbia pagato *volontariamente*, cioè con cognizion di causa, ben sapendo che il suo debito era puramente naturale e non poteva esigersi. So altrimenti fosse, se il debitore avesse pagato sol per errore e credendosi vincolato civilmente, il suo pagamento, il quale allora non proverrebbe o potrebbe non provenire che dal timore delle molestie e della coercizione legale, non proverebbe più il suo intimo convincimento, non vi si potrebbe più vedere la confessione di cui parlavamo.

Taluni giureconsulti àn combattuta questa dottrina, àn preteso che la parola *volontariamente* non significasse *con cognizione della qualità puramente naturale del debito*, ma soltanto *con piena libertà, senza coazione, senza violenza*. Infatti, dicesi in questo sistema, se fosse d' uopo di cotal cognizione dell'inefficacia legale del debito, se dovesse non esservi errore del pagante onde la cosa pagata non potesse ripetersi, a nulla varrebbe l'esistenza d' un debito naturale; chè, pur quando non vi fosse punto debito, la cosa pagata, essendo stata pagata senza errore e da chi non sapeva di doverla, non potrebbe tampoco venir ripetuta.

Qui vi sono tre errori in uno: — 1.° Si suppone come principio che ogni cosa pagata senz'esser dovuta non può mai ripetersi; tosto che si è pagata senz' errore, perchè chi l' à siffattamente data, sapendo bene che non l' aveva legalmente, si presume averla voluta donare. Ma la è un' idea falsa e che confuteremo sotto gli art. 1376 e 1377: una persona può aver il capriccio di rimetter un oggetto a un'altra col pretesto di doverglielo senz' aver l' intenzione di donarglielo (col fine, p. es., di lasciarlo *in deposito* in una casa che forse non lo accetterebbe a tal titolo); or nulla in questo caso si opporrebbe alla ripetizione; il 1° comma del nostro articolo dice, che quello si è pagato senza esser dovuto è soggetto a ripetizione, senza esigere che il preteso pagamento sia stato fatto per errore, del pari l' art. 1376 dice che chiunque à ricevuto o per errore o scientemente una cosa non dovutagli è obbligato a restituirla. In quanto all'art. 1377, da cui si argomenta nel sistema contrario, è ben vero che, pel caso che prevede, non accorda la ripetizione se non a colui che à fatto per errore il pagamento di ciò che non doveva, ma non parla se non de' casi in cui esisteva daddovero un debito e in cui chi à ricevuto era veramente creditore allora, se quegli che à pagato il non suo debito l'à fatto per errore, avrà la ripetizione contro lo stesso creditore, che se l' à fatto scientemente avrà pur sempre il suo regresso, ma, in luogo di averlo contro il creditore, l'avrà contro il debitore di cui à soddisfatta l'obbligazione. — 2° Eziandio nel caso che la cosa non dovuta fosse stata data con animo di donarla, si sa che vi sarebbe ancora ripetizione se d' un' immobile si trattasse. — 3° Infine, pur supponendo un oggetto mobiliare dato *animo donandi*, vi sarebbe tuttavia una gran differenza fra la tradizione così fatta a puro dono e quella onde si fosse soddisfatto un debito naturale, chè nel primo caso, perchè la tradizione producesse il suo effetto, converrebbe che le due parti fossero state capaci l' una di donare e l'altra di ricevere, poi la cosa sarebbe soggetta a riduzione o a collazione, laddove nulla di tutto ciò vi sarebbe nel caso di soddisfazione d' un debito naturale.

È certo adunque che l' obbligazione naturale non diviene civilmente efficace con la sua esecuzione che, quando questa è volontaria, cioè fatta con cognizione di causa e di natura da costituire per parte del debitore la confessione della validità del debito. Gli è ciò che diceva, l' oratore del governo al Corpo legislativo: « L' obbligazione naturale non diviene un vincolo civile che *per un' induzione tratta dal pagamento*. Questo pagamento è una rinunzia di fatto alle eccezioni, rinunzia che *si presume provocata dalla buona fede e dalla voce della coscienza*. »

Per meglio comprendere l'obbligazione naturale, si può vedere ciò che ne diciamo sotto gli art. 1338 e 1340.

2· Chi deve fare il pagamento.

1236. [1189]. Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualun-

(1) Parigi 15 f. 40., Rig. 7 l. 41; Aix 7 m. 45; Parigi 30 mg. 43, Parigi 1° m. 44; Cass. 30 l. 44, Rig. 1 ag. 44; Caen 12 f. 45; Rig. 17 d. 45; Cass. 5 g. 46; Rig. 10 f. 46; Rig. 20 ag. 48; Rig. 16 d. 48; Rig. 16 g. 49; Rig. 3 d. 49; Cass. 9 g. 50.

que persona che vi abbia interesse, come da un coobligato o da un fidejussore.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se, agendo in nome proprio, non venga a subentrare nei diritti del creditore.

SOMMARIO.

I. Il 2.° comma, mal compreso da vari interpetri, significa, che quando il terzo che paga si fa surrogare, vi è piuttosto acquistu del credito che estinzione di esso. — Osservazioni sulla natura della surrogazione.
II. Il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo. Può costringerlo a ricevere il pagamento. dissenso con Toullier e Delvincourt.
III. Può anche pagare ad onta del debitore, ed à pur sempre la ripetizione contro quest' ultimo ne' limiti dell' utilità che il pagamento gli procaccia; disenso con Toullier e Zachariae.
IV. Osservazioni sul senso della disposizione finale dell' articolo.
V. Nuovi sviluppi sulla natura della surrogazione.

I. — 672. Il comma 1° di questo articolo non presenta veruna difficoltà, dichiara; che il pagamento di un debito può esser fatto non pure dal principal debitore; ma altresì da qualsivoglia persona che vi si trovi obbligata accessoriamente o secondariamente. Non così chiaro a gran pezza è il 2° comma, relativo al pagamento fatto da una persona che non fosse punto ligata in faccia al creditore.

Esso ci dice che l' obbligazione può esser soddisfatta da un terzo, purchè agisca in nome del debitore come rappresentante di lui o, se agisca in suo nome proprio, non sia surrogato ne' dritti del creditore. Per comprendere quest' idea, vuolsi prima rammentare cos' è la surrogazione e sapere qual significato àn dato a questa parola, nel nostro articolo, gli autori del Codice civile. Ma diciamo fin d'ora che questo significato è inesatto, che la parola *surrogazione* è stata qui presa erroneamente come sinonimo di *cessione* e che si è inteso parlare, non di chi si fosse fatto soltanto surrogar ne' dritti del creditore, ma di chi gli avesse *comprati*.

Surrogazione significa semplicemente *sostituzione*, *successione* d'una persona a un' altra o d' una cosa a un'altra cosa: nella nostra materia del pagamento, la surrogazione è il mettere un nuovo creditore in luogo del primo, talchè il nuovo creditore abbia in faccia al debitore assolutamente gli stessi dritti dell' antico. Così, quando Pietro mi dee 500 fr. con cautela ipotecaria, e Paolo viene a pagarmi 500 fr. ma senza farsi metter nel luogo mio in quanto all' ipoteca e contentandosi d' un credito chirografario, non ci à mica surrogazione; che se per contra l' ipoteca che garentiva me, seguiti a garentir lui, se il suo credito presenti gli stessi accessori che aveva il mio, àvvi surrogazione. Ciò compreso *in fatto*, come spiegarlo in dritto? Due spiegazioni, due teoriche si presentano. Nell' una, che ci sembra men logica, si dice che il credito pagato con surrogazione si presume non pagato non estinto, che si presume esistere ancora, come se fosse stato comprato anzichè soddisfatto; e che quindi, continuando questo credito per la finzione della legge ad essere identicamente quello, continua necessariamente e naturalmente a presentar le stesse garenzie, le stesse ipoteche o privilegi, gli stessi accessori infine. In un secondo sistema, che a noi sembra più razionale e che abbiam già presentato sotto l' art. 874, n° 1, si dice che il pagamento con surrogazione annienta il credito, dappoichè il pagamento è di necessità un modo, (e il modo principale o il più naturale, di estinzione delle obbligazioni) e che quindi il credito che poi esiste contro il debitore a prò di colui che à pagato (e che nasce così da una gestion di negozi) è bene un nuovo credito; ma che la legge, nella pienezza di sua volontà, trasporta su questo secondo credito tutte le garenzie dell' antico.

Benchè la prima di queste due idee sia meno esatta dell' altra, è stata però quella de' nostri legislatori quando àn fatto l' articolo, ed è quella che ce ne darà la spiegazione. E di fermo, poichè la surrogazione è riguardata in questo sistema come quella che impediscs l' estinzione dell' obbligazione o faccia continuare la stessa obbligazione a favore del nuovo creditore, nè più nè meno che se il credito gli fosse stato venduto, è chiaro che, quando il terzo che è venuto a pagare si sarà fatto surrogare, non si potrà dire che il debito sia estinto.

Il nostro 2.° comma significa dunque che l' obbligazione potrà esser soddisfatta da un terzo estraneo al debito, quando questi agirà nell' unico interesse del debitore e anche nel proprio senza farsi surrogare, ma che non potrà esserlo quando esso terzo, così agendo nel proprio interesse, si sarà fatto surrogare, per la ragione che la surrogazione nel sistema de' redattori dell' articolo fa che il medesimo debito continui, epperò impedisce di parlar di estinzione.

673. La prova dell' esattezza di questa interpretazione trovasi evidente e palpabile nei lavori preparatori del Codice. In fatti la redazione che ci presenta oggi il comma non

esisteva nel progetto; sebbene fu proposta dal Tribunato, ed ecco ciò ch' esso disse nel proporla: « La Sezione pensa che un debito possa venir soddisfatto da un terzo che non vi sia interessato, benchè abbia agito in nome proprio: basta che non abbia stipulato surrogazione... A dir breve, se àvvi surrogazione, *il debito è conservato;* se non ve ne à, il debito più non sussiste. » E questa idea, che il pagamento con surrogazione non opera l'estinzione del credito e piuttosto ne produce una cessione, un trasferimento, fu sì certamente adottata dal Consiglio di Stato (nel nostro articolo soltanto, che vedremo come tutto il resto del Codice contraddica a quest'idea che in diffinitiva bisogna guardarsi dall'accettare) chè dopo inserito nell'articolo il cambiamento domandato dal Tribunato, diceva al Corpo legislativo, per bocca dell'oratore del governo: « L'obbligazione può esser soddisfatta da uno che non v'abbia alcun interesse, quando agisca in nome del debitore (o anche in suo proprio nome ma senza farsi surrogare). Se, agendo in nome proprio egli si fa surrogar nel dritto del creditore *non è più un pagamento, è un trasferimento dell' obbligazione.* » Infine un altro redattore, il Maleville, nella sua *Analisi ragionata*, ci dice: « L'obbligazione *non è soddisfatta* da un estraneo che si fa surrogare, *val dire che non è estinta* e che *passa* dal creditore originario a colui che si fa surrogare. »

Evvi dunque inesattezza nella dottrina, giusta la quale il nostro articolo significherebbe che il terzo non può astringere il creditore a surrogarlo ne' suoi dritti contro il debitore. L'articolo non s'occupa onninamente del punto di sapere se il terzo possa o no costringere il creditore a surrogarlo; à semplicemente voluto dire che la surrogazione impedirà l'estinzione del debito facendolo continuare a prò del nuovo creditore.

II. — 674. Del resto se quest'idea, che il creditore non può esser astretto a surrogare il terzo, non è espressa dal nostro articolo, non è però meno esatta; risulta dagli art. 1249 e s. La surrogazione infatti, secondo questi articoli, non può risultare che dalla disposizione medesima della legge o da una convenzione; or una convenzione non potendo formarsi che con la libera volontà delle parti, è chiaro che il creditore non può esser astretto a consentir quella onde trattasi; chè consentire ed essere astretto son due idee contraddittorie.

Ma se il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo, può benissimo, checchè ne abbian detto Delvincourt e Toullier (VII-11), costringerlo in ogni incontro a ricevere il pagamento, dacchè il nostro articolo gli dà, assolutamente e senza distinzione, capacità per pagare. E, potendolo coatringere a ricevere il pagamento, può dunque, al rifiuto di lui, estinguere il debito mercè le offerte di cui parleremo al § 4.

III. — 675. E non pure il terzo può pagare, ad onta del creditore, ma lo può anche ad onta del debitore; e il pagamento che avesse fatto, eziandio contro il divieto formale di lui gli darebbe azione avverso il medesimo del quale egli à fatto l'affare; benvero soltanto ne' limiti dell' utilità che esso debitore avesse veramente tratta dal pagamento. Toullier (VII-12) e Zachariae (III) insegnano il contrario fondandosi sulla decisione di Giustiniano (l. ult. C. *de neg. gest.* 2, 19) e fermano come regola generale che chi si è ingerito negli affari d'una persona contro il suo divieto non à verun' azione per reclamar le spese erogate, e dev' esser considerato come colui che abbia fatto un dono a quella persona. Gli è secondo noi un errore evidente e fondato su una di quelle tradizioni, della legittimità delle quali non si è fatta sufficiente indagine. Noi abbiam già veduto (art. 555, VI) che il Codice non à ammesse queste presunzioni sì poco fondate di gratificazione. L' art. 1375 dichiara che « colui, *il cui affare è stato bene amministrato* dee rimborsare al gestore *tutte le spese utili* che questi abbia fatte; » o mai non vediamo come si potrebbe sfuggire a questa regola, sì ragionevole e positiva a un tempo. Certo, se il debitore fa vedere che il suo creditore gli avrebbe dato una dilazione o consentita una riduzione del debito, gli si accorderà verso il gestore la stessa dilazione o riduzione, poichè con tal restrizione soltanto gli è stata *utile* la spesa, e converrà in questo esame de' fatti mostrarsi facile pel debitore, atteso che il terzo dev' esser biasimato di aver pagato per lui, ma gli è un violare apertamente l' art. 1375 il fermare per principio, come fanno Toullier o Zachariae, che il terzo sarà senz'azione, semprecchè avrà pagato in onta del debitore.

676. Il Duranton, cui a torto invoca Zachariae come fautore della dottrina che combattiamo, la respinge al contrario, posciachè dice che l'azione dovrà essere accordata o ricusata a tenore delle peculiari circostanze del fatto. Se il Duranton si fosse tenuto a questo, la sua proposizione, quantunque ben vaga, o piuttosto perchè sarebbe stata più vaga, non avrebbe avuto nulla d'inesatto; ma a noi pare che il dotto professore cada anch' egli nell' errore allorchè, per precisare la sua idea, aggiunge che i tribunali dovranno determinarsi *giusta i motivi che àn potuto* in-

durre il terzo a fare il pagamento.

Questa è una regola arbitraria e che non à veruna base nella legge: invero non si dee considerare il motivo che à fatto agire il terzo, ma l'utilità che dal pagamento fatto à potuta trarre il debitore. Se dalle circostanze emerga, che il pagamento non gli è tornato punto giovevole, il terzo non avrà punto azione; se gli à giovato pel tutto, l'azione esisterà pel tutto; giacchè, lo ripetiamo, l'art. 1375 vuole che il debitore rimborsi tutte le spese *utili* fatte per lui.

IV. — 677. Secondo le spiegazioni che abbiam date si vede che la disposizione, sì oscura e sì difficile, della fine del nostro articolo è lungi dall'aver quel valore che a prima giunta si supporrebbe. Essa non fa che arrecare al principio fermato nel cominciamento dell'articolo un'eccezione, che non avea d'uopo d'essere espressa e che non è pure esatta.

E di fermo, l'insieme dell'articolo viene a dir questo: « Un debito si estingue sempre col pagamento; e questo pagamento può esser fatto da chiunque, anche da un terzo estraneo all'obbligazione. Ma è mestieri tuttavolta che il terzo non sia surrogato nei dritti del creditore; chè la surrogazione farebbe continuare lo stesso debito a prò del surrogato. » Or questa pretesa eccezione, supponendola esatta, non avea d'uopo d'essere espressa quì; bastava dire che il pagamento può esser fatto da chicchessia, salvo a trattar poi degli effetti particolari del pagamento fatto con surrogazione.

Ma questa pretesa eccezione non esiste neppure e non si potrebbe riconoscere che mettendo il Codice in contraddizione con sè stesso, giacchè il pagamento, da una banda, non è che l'esecuzione dell'obbligazione, l'adempimento di ciò a cui il debitore era tenuto; dunque ogni pagamento opera di necessità l'estinzione dell'obbligazione. Or se da un'altra parte s'ammettesse che la surrogazione faccia continuare l'obbligazione trasferendo il credito sempre identico da un creditore a un altro, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione*, che si trovano sì di frequente nella legge, significherebbero *estinzione con continuazione*, *annientamento con mantenimento*, e formolerebbero un assurdo.

Ei ci sembra dunque impossibile ammettere che la surrogazione ottenuta da chi paga un debito operi la continuazione di questo debito; ed è secondo noi ben più logico dire che il pagamento con surrogazione estingue il debito e ne fa nascere un secondo, su cui la legge trasporta tutte le cautele del primo.

V. — 678. Quando si studiano sulla surrogazione i nostri autori antichi e moderni, il complesso delle loro dottrine sembra riassumersi in questo: che il pagamento con surrogazione dee riguardarsi in principio come operativo del trasferimento, della cessione del credito; ma che tal effetto non è però assoluto, e che il risultato dell'operazione dipende in diffinitiva dall'intenzione delle parti, di cui l'una à fatto e l'altra à ricevuto il pagamento, che se l'intenzione del terzo che paga è stata veramente di ottenere per lui l'integrità del credito, il pagamento opera un vero trasferimento, il quale permetterà di reclamare l'intero debito, pur quando fosse stata pagata sole una parte del prezzo; che al contrario, se l'idea principale del terzo è stata di liberare il debitore verso il suo creditore, può considerarsi che il pagamento con surrogazione abbia estinto il debito anteriore e fattone nascere un nuovo; che quindi in questa materia tutto dipende dalle circostanze di fatto sottomesse alla valutazione de' tribunali.

Ma vi è in fondo a tutte queste dottrine (e v'è stata quindi nel pensiero de' redattori del nostro articolo) una confusione che è tempo di far cessare, o la quale è di natura da ingenerare una controversia, tanto più lunga e più oscura in quanto non sarebbe che disputa di parole. In fatti, i più degli autori, partendo dal punto che la parola *surrogazione* significa « il mettere una persona o una cosa in luogo d'un'altra » usano questa parola *surrogazione* per esprimere anche una cessione propriamente detta di credito. Così, quando noi dichiariamo positivamente, voi di vendermi, io di comprare, il credito che avete contro Pietro, la è, dicesi, una surrogazione, perchè io vi sono surrogato, vi sono sostituito, succedo a voi ne' vostri dritti contro Pietro: se in vece di vendermi il credito, me lo doniate, sarà pur sempre la stessa cosa. Ebbene, da questo senso troppo ampio dato alla parola *surrogazione* viene tutta l'oscurità. A che s'andrebbe, in verità, se in cambio di attribuire a ciascuna cosa un nome preciso e che la distingua da ogni altra, si confondessero così sotto una medesima espressione le cose più diverse? Ci si dice che *le cessioni* sono *surrogazioni*! è vero, poichè mettono il cessionario nel luogo del cedente; ma *le vendite*, qual che ne sia l'oggetto, e non meno per immobili o per mobili corporali che per crediti, saranno altresì delle surrogazioni, poichè mettono il compratore nel luogo del venditore; tutte le *donazioni* saranno ancora surrogazioni poichè mettono il donatario nel luogo del donante: le *successioni* saranno egualmente surrogazioni poichè metton l'erede nel luogo del defunto; e in fatti Renusson non trasanda di spiegare che

l' accettazione d'una successione è una surrogazione. Ma, torniamo a dire, dove si giungerà mai e come sarà possibile intendersi con un sistema siffatto? Tutto sarà surrogazione, tutto sarà successione, tutto sarà sostituzione, tutto sarà in tutto, e non si comprenderà più nulla! , . . Guardiamoci dunque dal dire col Toullier (VII-123 note) che mal a proposito si sia cercato stabilire una distinzione fra la cessione e la surrogazione.

Ancora una volta, diamo a ciascuna cosa particolare il suo particolar nome. Quando un credito è venduto, donato o altrimenti trasferito da un individuo a un altro, diciamo esservi *vendita,donazione,permuta* ecc., o in generale *trasferimento*, *cessione*; ma non parliamo di *surrogazione*, e riserbiamo questa espressione particolare pel caso particolare in cui il nuovo creditore succede all' antico non già pel credito, ma solo pei dritti accessori che garentivano quel credito e che vengono a garentir il suo. Mercè questa scelta più circospetta delle parole, sarà facile intendersi sulle cose, e finiremo per trovarci d'accordo in sostanza con le idee mal espresse degli autori.

679. Difatti ci si dice che nel *pagamento* fatto da un terzo con surrogazione spetta ai tribunali decidere a norma delle circostanze, se il terzo abbia inteso estinguere il credito che esisteva contro questo debitore, salvo lo effetto del credito novello che egli stesso acquistava, ovvero abbia voluto appropriarsi il credito già esistente. Or questa proposizione, contraddittoria sin ne'termini, diviene esattissima con un semplice mutamento d'espressione e conservando il fondo delle idee.

La proposizione è inesatta, giacchè se àvvi *pagamento* il terzo a' di necessità estinto il debito; o se per contrario à inteso lasciarlo sussistere per appropriarselo, non l' à dunque *pagato* altrimenti, chè pagarlo vale estinguerlo. Tutto ciò è dunque inesatto, ed ecco ora quel che s'à a dire: — Qui certamente dalle circostanze del fatto e dall' intenzion delle parti bisogna decidersi. Ma a tenore di questa intenzione non vuolsi già determinare, se il pagamento con surrogazione produrrà il tal effetto o il tal altro (chè un solo può produrne l'estinzione del debito con conservazione delle sue cautele pel nuovo debito che nasce); si è da determinare se vi sia o no pagamento con surrogazione, se pagamento oppur cessione. Se l' intenzione del terzo è stata d'estinguere il debito ottenendo le garenzie di questo per quello che nasce in suo favore, àvvi pagamento con surrogazione; se all' opposto il terzo à inteso acquistar proprio il credito, vi à cessione.

Sicchè in diffinitiva la disposizione del nostro articolo va formolata così: «Un debito può esser pagato e quindi estinto da chiunque, anche da un terzo affatto estraneo al debito; ma, beninteso, non deve questo terzo *comprare* il debito, giacchè è chiaro che non la sarebbe più un' estinzione dell' obbligazione.»

Del resto, se i nostri redattori, obbedendo a una increscevole abitudine, ànno avuto il torto nel nostro articolo di parlar di surrogazione per esprimere un caso di cessione, in nessun altro luogo del Codice si riproduce questa inesattezza. Così ànno avuto cura di non parlar di surrogazione che nella nostra materia *del pagamento* per riportar la materia delle cessioni o de'trasferimenti nel titolo *della Vendita*, e vuolsi notare che nel paragrafo *del pagamento con surrogazione* non troveremo una sola volta le parole *cedere,cedente,cessione,cessionario*, come nel capitolo *del trasferimento de'crediti* (art. 1689 a 1701) non si trovano una volta sola le parole *surrogare,surrogazione* ec. I redattori àn dunque compresa la differenza che esiste fra i due casi; l'inesattezza d'espressione del nostro articolo è un fatto isolato dovuto alla disattenzione, e non si potrebbe indurne un sistema deliberato, cui smentisce al contrario tutto il complesso del Codice. La è una ragione di più per evitare studiosamente la confusione che rileviamo e che Toullier in ispecie sembra riprodurre con affettazione, e massimo nel n° 124 in fine, ove insiste per presentare le parole *cessioni* (o *trasferimenti*) e *cessionari* come perfetti sinonimi di *surrogazione e surrogati*.

1237. [1190]. **L' obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempita dal debitore medesimo.**

681. Il principio fermato dall'articolo precedente, che l' obbligazione può esser soddisfatta da chicchessia, e da un terzo nonchè da esso il debitore, non è vero, tranne quando il creditore non à interesse che il debitore esegua di persona. Che se al creditore importa che l'obbligazione sia soddisfatta dal debitore medesimo, come può accadere nelle obbligazioni che àn per obbietto di far qualche cosa, è chiaro che questo creditore è in dritto d' esigerlo. Così quando io ò fatto un contratto col tal pittore perchè mi faccia un quadro, è evidente non potere io esser costretto a contentarmi d'un quadro fatto da un altro.

1238. [1191]. **Per pagare validamente, è necessario essere proprietario della cosa data in pagamento, ed essere capace di alienarla.**

Tuttavia non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di altra cosa che si consumi coll' uso, contro il creditore che l' abbia consumata in buona fede, sebbene il pagamento sia stato fatto da chi non ne era il proprietario o non era capace di alienarla.

SOMMARIO

I. Redazione, inconsiderata e troppo ampia dell'articolo, il quale non può applicarsi che a' pagamenti che debbano operare un trasferimento di proprietà.

II. Effetti diversi del pagamento fatto in tal caso dal non proprietario, e di quello fatto dal proprietario incapace.

I. — 682. Questo articolo estratto dai n. 459 a 461 di Pothier, vi fu copiato senza discernimento, senza riflessione, e di modo da presentare una disposizione inesattissima.

L'articolo comincia dal dire che, per pagar solidamente una cosa, bisogna esser proprietario di questa cosa e capace d'alienarla. Ora la regola, così formolata, è evidentemente falsa. Quando, per esempio, voi m'avete prestata o data in deposito la vostra argenteria, è ben chiaro non potersi esigere per l'esecuzione della mia obbligazione, esecuzione che consiste nella restituzione dell'oggetto prestato o depositato, che io sia proprietario di quest'oggetto e capace di alienarlo, poichè l'oggetto a voi appartiene! Epperò Pothier avea avuto cura di spiegare che questa regola non esisteva che per le obbligazioni consistenti *in dando*, in un trasferimento di proprietà. Ma, lasciando stare questa prima idea, la regola è lungi dall'avere nel Codice il significato che aveva in Pothier; dacchè la proprietà giusta l'art. 1138 si trasmette oggi per effetto immediato della cosa, purchè trattisi di un oggetto determinato *in individuo*. Così, quando io vi ò venduto, donato, ceduto in permuta una casa, o il tal cavallo, o il tale altro oggetto individualmente designato, è manifesto che io non potrei esser proprietario all'istante dell'adempimento della mia obbligazione, cioè quando si tratterà di consegnarvi l'oggetto, stantechè ne siete divenuto voi il proprietario in virtù appunto della convenzione. Per la medesima ragione non fa d'uopo ch' io sia capace d'alienare, dacchè il pagamento che fo non è mica un'alienazione; l' alienazione si è consumata nel momento che io ò consentita la vendita, la donazione ec., ed allora soltanto era mestieri ch'io fossi capace d' alienare. Laonde il nostro articolo non può applicarsi che a'pagamenti i quali importano alienazione, cioè nei casi in cui il debitore resta proprietario fino all'esecuzione e con questa esecuzione dee trasferire la proprietà. Or sotto il Codice non è così che quando l'oggetto da pagarsi è determinato solo *in genere*, o ancora quando le parti àn positivamente convenuto che la proprietà dell' oggetto rimarrebbe al debitore sino alla tradizione, p. es. quando io ò dichiarato di vendervi non *il tale cavallo*, ma *un cavallo*; ovvero quando vi ò promesso il tal cavallo o la tal casa, ma stipulando che in eccezione alla regola dell' art. 1138, ne conserverò la proprietà fino alla tradizione.

II. — 683. Sicchè, quando la proprietà della cosa dev'esser trasferita dal pagamento, si richiede per la validità di questo pagamento 1° che colui che paga sia proprietario della cosa, 2° che sia capace d'alienarla.

1° Se quegli che paga non fosse proprietario, qual ne sarebbe la conseguenza? Qualora l'oggetto così dato *a non domino* sia un immobile, potrà esser tolto al creditore dal vero proprietario, finchè non ne sia avverata la prescrizione. Ma, se il proprietario non esercitasse la ripetizione della cosa sua, il debitore che l'à data non potrebbe esercitarla, non potendo agire per evizione chi è responsabile dell'evizione praticata da un' altro: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Che se si tratti d'un mobile e questo mobile non sia nè perduto nè rubato, il creditore che l'à ricevuto di buona fede non può venir molestato, dacchè in fatto di mobili il possesso di buona fede, anche istantaneo, rende immediatamente proprietario (art. 2279. 1°). Se si tratti infine d'un mobile perduto o rubato, il creditore che lo à ricevuto non ne diverrebbe proprietario per prescrizione, che dopo trent'anni dal dì della perdita o del furto (ivi 2°), e fino a questo momento la cosa potrebbe ripetersi contro di lui, non da chi à pagato (giusta quanto si è detto), ma dal vero proprietario. Che se però il mobile perduto o rubato fosse stato consumato di buona fede dal creditore, costui sarebbe al coperto da ogni regresso, a tenore della disposizione formale del 2° comma del nostro articolo.

Del resto se il creditore *può* mantenere il pagamento e conservar la cosa pagata, quando è compiuto il tempo della prescrizione (cioè, pe' mobili non perduti nè rubati, immediatamente; per gli altri, dopo tre anni dalla perdita o dal furto; e parimente dopo i termini voluti, per gl' immobili), non vi è però astretto, e può ben dire al debitore: « Il far uso della prescrizione ripugna alla mia co-

scienza; io non voglio ritener un oggetto, che scopro venirmi non dal suo vero proprietario; riprendetelo e datemene uno che a voi s' appartenga. » Ei ci sembra evidente che questa giusta pretensione del creditore non potrebbe esser respinta; chè da una banda le convenzioni ànnosi a eseguire di buona fede e il debitore dovea dar una cosa che gli appartenesse (art. 1131); d' altra parte ninno può mai prescrivere suo malgrado, nè trovarsi astretto a godere della prescrizione contro la sua volontà.

2.° Allorchè il debitore, proprietario dell'oggetto dato in pagamento, non aveva capacità per alienarlo (esempligrazia se sia un pupillo che abbia pagato egli stesso, o una donna maritata che l' abbia fatto senza l' autorizzazione del marito), soltanto lo stesso incapace o i suoi rappresentanti possono domandare che sia annullato il pagamento, il creditore non già; postochè, come sappiamo, a favore de' soli incapaci è stabilito il beneficio dell' incapacità (art. 1123). Il solo debitore adunque potrà quì far rescindere il pagamento, se v' avrà interesse; per esempio, se essendo obbligato di dare un cavallo *in genere*, ne abbia dato uno d' un prezzo più elevato del tal altro, con la tradizione del quale avrebbe potuto egualmente liberarsi; o ancora se, essendo debitore di due oggetti sotto un' alternativa, epperò in modo da liberarsi col dar l' uno o col dar l' altro, abbia dato quello di prezzo maggiore. Ma quì eziandio, e secondo, la stessa formale disposizone del nostro 2.° comma, il ricorso dell' incapace sarebbe impossibile, se il creditore avesse consumata la cosa di buona fede. Che se poi di mala fede consumata l' avesse, l' incapace conserverebbe il suo ricorso, non già, beninteso, per riprendere una cosa che più non esisterebbe, sibbene per ottenere un risarcimento.

684. La distruzione della cosa per caso fortuito nelle mani del creditore produce un effetto diverso secondo che essa cosa era stata data *a non domino* o soltanto dal proprietario incapace d' alienarla. Nel primo caso, il creditore, come abbiam veduto, è sempre in dritto di dire che la cosa non è stata acquistata da lui, che non è divenuta sua, che è perita per conto del proprietario, e che il pagamento, rimasto nullo, non avendo liberato il debitore, questi sia tenuto di fargliene un novello. Quando, per converso, la cosa appartiene al debitore, il quale soltanto era incapace d' alienarla, allora, siccome l' effetto dell' incapacità non può esser invocato che dall' incapace, e questi si guarderà bene di invocarlo contro sè stesso criticando quì il pagamento fatto, questo pagamento resterà valido e la perdita sarà pel creditore.

3. A chi dee farsi il pagamento.

1239. [1192]. Il pagamento debb' essere fatto al creditore, o a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo o dal giudice o dalla legge.

È valido il pagamento fatto a colui che non era autorizzato a riceverlo pel creditore, quando questi lo ratifichi, o ne abbia approfittato.

685. Il pagamento dev' esser fatto al creditore capace di ricevere, o a qualcuno che il rappresenti in virtù d' un mandato, sia convenzionale, sia giudiziario, sia legale. Se il mandato dato dal creditore fosse spirato al momento del pagamento; s' avrebbe a distinguere: o il mandato porta con sè la prova della sua estinzione (p. es. se non era dato che fino alla tal'epoca oggi arrivata), e allora si farebbe un atto nullo pagando al portatore di questo mandato; ovvero il mandato, primamente dato per un tempo più lungo, è stato rivocato dal creditore, e allora io posso sempre pagare al mandatario finchè non mi si sia notificata la sua rivocazione (art. 2005), non potendo io indovinarla ed essendo il creditore in colpa di non avermene data scienza (Pothier, n. 474). Se il mandato in virtù di cui un terzo viene a domandarmi il pagamento fosse falso, e nondimanco io pagassi, il pagamento sarebbe nullo ed io sarei tenuto a pagare una seconda volta, giacchè è mia colpa s' io non ò preso le debite indagini. E sarebbe così, pur quando non vi fosse da oppormi veruna negligenza; dappoichè la conseguenza d' una frode va sopportata da colui contro il quale è diretta e che non à saputo sottrarvisi: ora in questo caso sono stato ingannato io, non il creditore.

Del resto, il pagamento fatto a colui che non avea facoltà di riceverlo divien valido in tre casi, due de' quali sono indicati dal nostro articolo e il terzo dal seguente: 1.° quando il creditore ratifica poi il pagamento; 2.° quando il creditore à profittato del pagamento come se a lui stesso si fosse fatto: che se in parte soltanto ne avesse profittato, il pagamento sarebbe valido per questa parte e nullo pel rimanente; 3.° infine quando il debitore è stato ingannato dal possesso che il terzo avea del credito, secondo che ci dirà l' articolo seguente.

1240. [1193]. Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione.

686. Essere in possesso d' un credito non è già detenere l' atto, lo scritto che ne fa prova, ma godere pacificamente della qualità di creditore. Così l' erede apparente è in possesso de' crediti ereditari, e i pagamenti che fannogli i debitori della successione son validi, benchè egli venga dipoi evinto dall'erede reale. Del resto, la semplice detenzione dell' atto costituisce il possesso quando trattasi d' effetti pagabili al portatore. — Il nostro articolo è un di quelli che si allegano per decidere, poter l'erede apparente vendere validamente i beni della successione; ma noi abbiam confutato sotto l' art. 137 l' argomento che si vuol dedurne.

1241 [1194]. Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi fosse incapace a riceverlo, eccetto che il debitore provi la versione della cosa pagata in vantaggio del creditore.

687. Il pagamento non è valido, abbiam detto, che quando è fatto al creditore *capace*: sicchè sarebbe nullo, se fatto a un minore, a un interdetto, o a una donna maritata non autorizzata, benchè fossero pur eglino i titolari del credito; o sarebbe nullo ancora, evidentemente, se fatto a un mandatario scelto dal creditore incapace. Ma, per contra, tosto che il creditore è capace, poco monta che il mandatario da lui scelto nol sia: onde io pagherò validissimamente al minore o alla donna maritata, che il mio creditore, arbitro de' suoi dritti, à designati per ricevere in suo nome (art. 1990).

Ma, beninteso, il pagamento fatto al creditore incapace si trova validato, in tutto o in parte, quando in tutto o in parte abbia giovato ad esso creditore: e poco rileva che il profitto sussista ancora o non sussista più al momento che il creditore venga a domandare un nuovo pagamento. Così, quando io ò pagata ad un pupillo, anzichè al suo tutore, una somma considerevole, e il tutore l' à investita nell' acquisto d' una casa, quest' ultimo fatto valida il mio pagamento; e la circostanza che la casa si è trovata poi distrutta è insignificante, attesochè la sua distruzione non dipende mica dall'aver io pagato al pupillo. Non ci è luogo a novello pagamento che quando il pupillo, per essere il pagamento stato fatto a lui stesso, si trovi privato d' un benefizio che doveva ottenere, e che avrebbe ottenuto ove si fosse pagato regolarmente al suo tutore.—Non accade dire che il pagamento, fatto all' incapace, diverrebbe del pari inoppugnabile per la ratificazione di colui che dovea riceverlo.

688. Dall' essere le incapacità stabilite a prò de' soli incapaci, i quali soltanto possono allegarle, non è certo ad inferirne, che il debitore, il quale abbia fatto un pagamento a un creditore incapace, non possa agire per ottenere, quando sia ancor tempo, la ratificazione di quello.

Senza dubbio, questo debitore non può oppugnare il pagamento, e farne pronunziar la nullità; siffatto dritto al solo incapace si appartiene; ma quegli non domanda punto ciò, domanda anzi che il tutore o il marito intervengano per ratificare e validare il pagamento fatto, mentre è ancor tempo e la cosa pagata non è spesa indarno.

1242 [1195]. Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, in pregiudizio di un sequestro o d'un atto di opposizione, non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti: questi possono costringerlo a pagare di nuovo, per ciò che riguarda le loro ragioni, salvo, in questo caso soltanto, il suo regresso contro il creditore.

689. Il sequestro o l' opposizione sono una sola e medesima cosa (C. proc. art. 557 e s.): sono il divieto ch' io faccio al debitore del mio creditore di pagar nulla a costui in detrimento de' miei dritti. Appellasi *debitore sequestrato* quegli pel cui debito è fatto il sequestro; *terzo sequestrato* quegli nelle cui mani si fa il sequestro, *sequestrante* colui che il fa.

Il nostro articolo, riproducendo qui il n.° 469 di Pothier, dichiara che chi, in onta al sequestro praticato nelle sue mani, paghi nondimeno al suo creditore, si espone a far un secondo pagamento al sequestrante; salvo, beninteso, il suo regresso contro il proprio creditore, del quale si trova aver così pagato il debito due volte.

690. Si è domandato, se, nel caso la somma dovuta dal terzo sequestrato eccedesse quella per sicurtà della quale è fatto il sequestro, se il terzo potesse senza pericolo pagar l' eccedente al creditore. Così, voi dovete 2,000 fr. a Pietro, il quale ne deve a me 800: per questi 800 io pratico un sequestro nelle vostre mani: potrete voi senza rischio pagare a Pietro i 1,200 fr. formanti la differenza? A prima vista parrebbe di sì; e pure, e con ragione, si decide il contrario (Duranton, XII-65).

Difatti l' opposizione ch' io vi fo non è solo un divieto di fare il pagamento degli 800 fr. dovutimi; è un divieto di fare verun pagamento che possa nuocere alla soddisfazione del mio credito; or potrebbe accadere che la somma di 800 fr. da voi conservata non bastasse per saldarmi e ch' io non avessi ciò che avrei potuto avere se aveste conservati interi i

1,200 fr. Così, poniamo che posteriormente al pagamento da voi fatto de' 1,200 fr. d' eccedente, un secondo creditore di Pietro venga a sequestrare anch' egli, egualmente per 800 fr., questo secondo creditore ed io (supponendo non esser fra noi veruna causa di prelazione) verremo per contributo sugli 800 fr. da voi conservati; giacchè la priorità di sequestro non dà alcun favore al credito. Ciascun di noi dunque prenderà 400 fr., e, siccome per colpa vostra, cioè pel pagamento che avete fatto contro il mio divieto, io mi trovo ridotto alla metà del mio credito, io avrò il dritto di domandarvi gli altri 400 fr., salvo a voi il regresso contro Pietro. Senonchè egli è evidente che il secondo sequestrante, benchè il vostro pagamento de' 1,200 fr. riduca anche lui a non avere che 400 fr. invece di 800, non potrà farsi pagar da voi la differenza: nol potrà, perchè il vostro pagamento de' 1,200 fr. è stato anteriore al suo sequestro, e quindi non si è fatto in onta a quello.

A dir breve, i creditori il cui sequestro esiste quando il terzo sequestrato fa il pagamento sono i soli che possano far dichiarare cotal pagamento nullo; ma posson farlo dichiarar nullo per tutto quello ond' esso pagamento gli à privati.

4º Come e in che stato dee pagarsi la cosa.

1243 [1196]. Il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse eguale ed anche maggiore.

691. Consistendo il pagamento nella prestazione della cosa o nell' adempimento del fatto che costituisce l' obbietto dell' obbligazione, è chiaro che il creditore non può esser costretto a contentarsi del tale oggetto invece del tal altro: il creditore può benissimo consentire a tal sostituzione; ma non può essergli imposta.

Quando il creditore consente a mutar l'oggetto del debito, àvvi surrogamento all' obbligazione primitiva d' una nuova e diversa obbligazione; di guisa che la primitiva obbligazione si estingue allora con la *novazione* (di cui parleremo nella sezione II) per far luogo a un' altra obbligazione, la quale si estinguerà col *pagamento*. Così, quando io vi doveva 2,000 fr. e voi consentite a dichiararvene suddisfatto facendo io il tal viaggio per voi, la mia prima obbligazione di 2,000 fr. è estinta per *novazione*, e il viaggio ch' io fo è il *pagamento* della seconda.

Allorchè con un trasferimento di proprietà, con una *dazione*, si estingue novandola l' obbligazione primitiva; per esempio quando, dovendo pagarvi 1,000 fr. o fare per voi il tal viaggio, o dipingervi un quadro, voi consentite a dichiararvi soddisfatto mercè l' abbandono del mio cavallo, si dice esservi allora *dazione in pagamento*, ossia *dazione in luogo d' un pagamento*, il che vale TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ D'UNA COSA *che non era l'oggetto dell' obbligazione, trasferimento* CHE TIEN LUOGO DEL PAGAMENTO o *dello esecuzione diretto di ciò a cui ero prima tenuto il debitore*. La dazione in pagamento è dunque un caso di novazione.

1244 [1197]. Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile.

Non ostante, i giudici, avuto riguardo alla situazione del debitore, ed usando con molta riserva di questa facoltà, possono accordare dilazioni moderate al pagamento, e sospendere l' esecuzione giudiziale, restando il tutto nello stato medesimo.

SOMMARIO

I. I giudici possono accordare delle dilazioni al pagamento, ossia delle dilazioni per effettuare il pagamento in frazioni. Confutazione della dottrina del Duranton.
II. Lo possono, malgrado contraria stipulazione.
III. E pur quando il debito sia stabilito con atto autentico. Dissenso cogli autori. — Caso in cui cessa la facoltà.

I.—692. Un debitore non à il dritto di fare in frazioni e a diverse epoche il pagamento pel quale non abbia stipulata questa facoltà; chè sarebbe un pagar meno di ciò che deve: *minus solvit qui tardius solvit*. Ma il 3º comma del nostro articolo autorizza, per eccezione, i tribunali a dar siffatta agevolazione al debitore, ove la giudichino assolutamente necessaria per lui e senza pregiudizio pel creditore.

Questa idea, che pur ci sembra incontrastabile, non è ammessa da tutti: Duranton (XII-88) seguito dal Dalloz (sez. 1, art. 1, § 5, n.º 24) sostiene strenuamente, che il giudice può ben concedere una dilazione per effettuare il pagamento, ma che non può mai dividerlo. Il qual errore essendo di somma importanza pratica, e mettendo il dotto professore un grande studio per farlo ammettere, ci corre l' obbligo di far ogni nostro potere per confutarlo.

Il Duranton dice che la quistione non è risoluta nè dal testo dell' articolo nè dalla discussione fattane nel Consiglio di Stato. A noi sembra all' incontro che sia già chiara-

mente risoluta dal testo, e più ancora dalla discussione del Consiglio.

E in prima, dal testo. La congiunzione *nondimeno* (chiamata avverbio dal Duranton) già indica che il secondo paragrafo dell'articolo apporta un'eccezione al principio fermato dal primo; or questo principio essendo che il creditore non può essere astretto a ricevere il suo pagamento in frazioni, si tratta dunque appunto del caso eccezionale di pagamento frazionale. Inoltre, il paragrafo parla di accordare *delle dilazioni* (in plurale) *pel pagamento* (in singolare), il che indica certo più versamenti fatti per operare un sol pagamento, quindi un pagamento fatto per frazioni; e noi vedremo in fatti che, se i redattori ànno usata la parola *dilazioni* per significare i vari termini d'un pagamento frazionato, è appunto perchè, in grazia delle circostanze, esprimeva più energicamente il pensiero.

Vediamo ora la discussione del Consiglio, che il Duranton riporta tutta intera, e poi dichiara insignificante: « Il console Cambacérès domanda, se questo articolo autorizzerebbe il giudice *a pronunziare la divisione del pagamento pur quando vi fosse stipulazione in contrario*... B. Préameneu dice « non essere stata mente della sezione di dare alla disposizione l'*estensione* a cui à accennato il Console ». Chi non vede già che il Console non domandava altrimenti, se sarebbe possibile la divisione, ma se lo sarebbe, posta una stipulazione contraria? al che si risponde che *una tale estensione* non era stata nella mente della sezione. Ma niun dubbio lascia la fine del processo verbale... « Il Treilhard espone lo spirito dell'articolo. Dice che... si è supposto un debitore, il quale provando di essere solvibile, domandi una breve dilazione per una parte del pagamento. In tal caso, giusta l'articolo, il giudice lo condanna per la totalità, *ma gradua i termini del pagamento*. L'ARTICOLO È ADOTTATO. » Sicchè l'articolo è adottato, senz'altra nuova osservazione, tosto dopo che il Treilhard ne à *esposto lo spirito*, nel senso che *il giudice gradua i termini del pagamento*. In verità, che vorrebbe mai di più chiaro il Duranton?

Ma non è tutto; e, se il Duranton avesse meglio conosciuti i lavori preparatori, se avesse letto il testo dall'articolo che così veniva adottato, avrebbe veduto che lo stesso fatto della sua adozione, prescindendo da ogni osservazione, provava chiarissimamente la facoltà pel giudice di autorizzare il pagamento frazionato. E sì l'articolo, quando il Consiglio l'adottava, era così formolato: « Il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito anche divisibile. — Il giudice nondimeno può, vista la posizione del debitore... autorizzare *la divisione del pagamento*. Benvero non può usare di tal facoltà che con una gran riserva. »

Tal era l'articolo che dichiaravasi adottare; ed è quindi impossibile dire che si trattava di accordare una dilazione pel pagamento, ma non la divisione del pagamento. Nè è possibile far credere, come pur tenta il Duranton, che si tratti del caso in cui il creditore fosse d'accordo col debitore per concedergli il frazionamento che domanda. È difficile comprendere che un giureconsulto abbia potuto emettere una simile idea. Egli è ben chiaro che, se si trattasse d'una divisione consentita dal creditore, non sarebbe stato d'uopo di un articolo della legge per dar al giudice il potere di pronunziarla; nè gli si sarebbe raccomandato d'usare con gran riserva di tal facoltà; non si sarebbe discusso sul punto, se la divisione fosse ancora possibile con una stipulazione contraria!

698. La sola obbiezione da prevedere ora sarebbe quella che potrebbe trarsi dal mutamento di redazione apportato al testo primitivo sulle osservazioni del Tribunato. Ma questo mutamento non fa che confermare il dritto pel giudice di permettere il pagamento diviso.

E di fermo, il Tribunato avea dimandata la soppressione del secondo paragrafo del nostro articolo, e l'avea domandata con istanza. « La era, secondo lui, una disposizione pericolosa e che lasciava troppo campo all'arbitrio; era una violazione del principio che le convenzioni tengon luogo di legge fra quelli che le àn fatte; era un germe che pullulava domande di *termini e di dilazioni* senza fine. » Ma il Consiglio, preoccupato, a torto o a ragione (con gran ragione, secondo noi) della durezza talvolta ridicola quanto spietata di certi creditori, non tenne alcun conto di questo voto: e per rendere più energico il suo rifiuto, volle, nella nuova redazione resa necessaria da un altro cambiamento, di cui parleremo al n.° III, formolare la sua prima regola negli stessi termini in cui era stata criticata. Il Tribunato domandava che non fosse permesso conceder *termini*; il Consiglio rispose che il giudice sarebbe facoltato a concedere de' *termini*. Egli è ben evidente che la concessione di termini di pagamento, autorizzata dal testo attuale, è quella di cui il Tribunato domandava la soppressione; or quella che il Tribunato voleva far sopprimere era, giusta il testo medesimo della disposizione che criticava, la facoltà di *dividere il pagamento*.

Riman certo adunque che i giudici possono frazionare il pagamento, e non differirlo soltanto (1).

(1) Rig. arr. Rouen, 20 d. 42 (Dev. 43, 1, 223)

II.—694. Un punto più delicato è quello che solleva il Cambacérès, se la facoltà esisterà pel giudice, nonostante una stipulazione contraria.

Vero è che il Bigot dichiarava, non essersi punto inteso dare alla regola sì ampia estensione; ma siccome la restrizione da lui indicata non è scritta nel testo, ove nulla vi allude; siccome non fu tampoco annunziata al Corpo legislativo, nel discorso del Governo, in cui si ripetè senza più che « il creditore non può essere astretto a ricevere il suo pagamento parzialmente, salvo che il giudice, in circostanze straordinarie, creda dover accordare dei termini moderati per questo pagamento per motivi d'equità, la quistione di sapere in qual senso il Corpo legislativo abbia votato l'articolo resta intatta. Or il senso in cui la legge deve applicarsi non è mica quello nel quale fu preparata dal Consiglio, sì quello nel quale fu votata da' legislatori. Dunque, malgrado le parole del Bigot, che trovansi come non avvenute per non essere state riprodotte innanzi al Corpo legislativo, la quistione dee decidersi col solo testo, mercè i principî generali e il ragionamento.

Ora, poichè l'articolo significa che il giudice può ordinare un pagamento frazionato, e questa regola è formata dal testo assolutamente o senza restrizione pel caso d'una stipulazione contraria, è già questa una ragione per decidere, che l'articolo à dovuto esser votato e deve applicarsi con questo effetto assoluto. Inoltre fu detto e ripetuto nel Corpo legislativo, che la regola era sancita come *principio d'umanità*, che i giudici non dovrebbero applicarla fuorchè per congiunture gravissime, e quando credessero davvero fare in ciò *un atto d'umanità*; ma, poichè trattasi di proteggere de' debitori sventurati contro l'inumanità di certi creditori, come far cessare cotesto potere de' tribunali per la ragione, che il creditore avrà avuto cura di stipulare l'impossibilità di ottenere verun' agevolazione, neppure nelle più imperiose circostanze, ossia per la ragione forse che si starà precisamente a fronte d'un creditore più spietato? Poichè la regola è sancita come principio d'umanità, è dunque una disposizione d'ordine pubblico; epperò le parti non possono derogarvi per via di convenzione; e dee tanto maggiormente così essere in quanto, se la clausola derogatoria fosse permessa, farebbe tosto parte del maggior novero delle convenzioni, in guisa che la regola sarebbe annullata. Niun pericolo àvvi infine; poichè qui trattasi, non già d'una di quelle regole imperative o proibitive che possono, in grazia appunto della loro stabilità, trovarsi ora eque, or contrarie all'equità secondo le circostanze; sibbene d'una semplice facoltà sottomessa alla coscienza dei magistrati e alla valutazione fatta da essi delle circostanze di ciascuna specie: se la clausola sia stata stipulata da un creditore leale, unicamente per l'urgenza in che egli era di esser pagato al momento convenuto, i giudici non accorderanno punto termini di pagamento; ma, qualora trattisi d'un malvagio usuraio, al quale i termini che ricusa non recherebbero sensibile nocumento, laddove forse impedirebbono la rovina del debitore, la stipulazione fatta da questo creditore, stipulazione che qui è una novella prova della sua durezza, sarà una ragione di più per accordare alla sua vittima la protezione del nostro articolo.

Vuolsi dunque riconoscere che la nostra regola dovette esser votata da' legislatori e che deve esser applicata nel suo senso assoluto. (1)

III.—695. Un'ultima difficoltà che presenta, il nostro articolo si è di sapere, se s'applichi alle obbligazioni consegnate in un titolo esecutorio, in un atto notarile, come alle altre. Non facendo l'articolo veruna distinzione, par naturale rispondere affermativamente: e pure tutti gl'interpetri del Codice tengono per la negativa. (2)

Malgrado queste autorità, noi riguardiamo come poco giuridica non meno che poco umana tale dottrina, che per buona sorte è respinta da una giurisprudenza costante.

Per sostenere che non si possan mai accordare termini di pagamento nel caso di un titolo esecutorio, si dice che i giudici non possono accordarli che nella sentenza con cui condannano a pagare, e che non vi sarà luogo a simile sentenza in caso di atto notarile, postochè quest'atto importa per sè stesso esecuzione forzata. Ma in prima può benissimo esservi luogo a contestazione ed a sentenza, in occasione d'un titolo esecutorio, ed ogni dì se ne danno de' casi; poi dove si è mai veduto che un debitore sventurato non possa rivolgersi *de plano* alla giustizia per ottenere il benefizio del nostro articolo? Invocasi l'art. 122 C. proc. il quale dichiara che, quando i giudici accorderanno de' termini per l'esecuzione delle loro sentenze, non potranno farlo che nella sentenza medesima, la quale statuisce sulla contestazione, non potrebbero più farlo con una posteriore;

(1) Delvincourt, t. II; Toulier, IV, 371; Carré e Chauveau q. 529; Thomine I-138; Rodière 1, 369; Colmar 29 I. 1850 (Dev. 51, 2, 272).

(2) Toullier VI-660; Delv. t. II; Duranton XII-89; Villargues v. *atto autentico*; Dalloz, n. 26; Zachariae II, 368; Favard, v. *sentenza*; Duverg. su Toullier.

e dassene per motivo che, siccome la prima porta la formola apposta in nome del Sovrano: *vogliamo e comandiamo* ec., vi sarebbe mancanza di rispetto alla suprema autorità nel contraddire a ciò che erasi prima ordinato; ora, si dice, anche l' atto notarile porta la formola del *vogliamo e comandiamo*. Ma non è questa un' idea falsa e puerile? Il motivo dell' art. 112 non è forse che, dovendo i termini esser accordati sol per cause gravissime, queste àn dovuto di necessità venire indicate dal debitore e riconosciute dal giudice anteriormente alla prima sentenza; talchè i termini concessi in una sentenza posteriore presumonsi motivati da ragioni troppo deboli, poichè non iscorte prima?

Codesta idea d' un rispetto ridicolo, anzi impossibile, per la formola esecutoria non è ella smentita materialmente? non si vede tuttodì un tribunale annullare in appello le sentenze esecutorie d' altri tribunali, o in grado d' opposizione quelle che essi stessi avean rese in contumacia e che eran pure perfettamente rivestite della formola esecutoria?... Epperò vediamo l' art. 2212 in materia d' espropriazione forzata, permettere ai tribunali di sospendere le procedure ed accordar un termine, benchè in questo caso trattisi necessariamente d' un titolo esecutorio (art. 2213).

Si è preteso infine che l' esclusione del caso di atti esecutori risultasse dalla soppressione operata nell' articolo sulle osservazioni del Tribunato. Ma è un errore che importa rilevare: la soppressione operata nell' articolo non esercita veruna influenza sulla quistione in che versiamo.

L' articolo del progetto permetteva al giudice di accordar la divisione del pagamento in due casi: 1° in considerazione della posizione del debitore, 2° in caso di contestazione su una parte del debito. Or soltanto per motivare la soppressione di questo secondo caso (e dopo domandata già la soppressione del primo per altri motivi che abbiamo indicati al n.° 1) il Tribunato parlò dei titoli esecutori: « Rispetto *alla seconda parte* del paragrafo, diceva, la sezione desidera che sia soppressa per un motivo infinitamente semplice: o il titolo è esecutorio o non lo è mica; nel primo caso il giudice non può sospendere l' esecuzione; nel secondo, l' esecuzione è sospesa di pien dritto, tosto che àvvi contestazione. Sicchè l' idea del Tribunato era questa: « Non vi à luogo a far una disposizione di legge per autorizzare il giudice a sospendere l' esecuzione pel motivo che àvvi contestazione; chè, se il debito pel quale vi à contestazione non s' appoggia su un titolo esecutorio, è chiaro che non si potrà eseguire; ove poi vi sia titolo esecutorio, non possono i tribunali sospenderne l' esecuzione, sol perchè v' abbia contestazione del debitore. » Ma se il Tribunato, e dopo di esso il Consiglio, sopprimendo questo secondo caso, riconobbero che un tribunale non potrebbe arrestar l'effetto d'un titolo esecutorio pel motivo che vi fosse contestazione, non vi à evidentemente nè ragione nè pretesto a conchiuderne, che non possa tampoco ritardarne l' esecuzione nel caso tutto diverso in cui il debitore, senza contestare il debito, domanda precisamente un ritardo d'esecuzione, caso del quale anche chiedeva la soppressione il Tribunato, ma *per altri motivi*, e del quale al contrario il Consiglio di Stato e il Corpo legislativo consacrarono *il mantenimento!*

Con ragione adunque la giurisprudenza considerando la disposizione generale e assoluta dell' articolo, e comprendendo d' altronde che i motivi d' umanità che l' àn dettato àn la stessa forza in tutti i casi, lo dichiara applicabile alla convenzione consegnata in un atto in forma esecutoria nonchè a qualunque altra (1).

696. Del resto, la facoltà pel giudice di accordare i termini di grazia onde quì trattasi cessa, e i termini già accordati divengono senza effetto: 1° quando i beni del debitore son venduti a istanza d' altri creditori (C. pr. art. 124); 2° quando questo debitore è in fallimento o in decozione (*ivi*); 3° quando è in istato di contumacia o in prigione (*ivi*); 4° allorchè per suo fatto e senza la venia del creditore egli à soppresso o scemate le cautele che col contratto avea date al creditore (*ivi*, e C. civ. art. 1188), e altresì per analogia quando lascia passare, senza adempiere, un dei termini del pagamento che il giudice avea dapprima accordati; 5° infine quando si tratta di effetti di commercio negoziabili (C. comm. art. 157 e 187).

1245 [1198]. **Il debitore d'una cosa certa e determinata viene liberato con rimetterla nello stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano dal suo fatto o colpa, nè dalle persone di cui deve rispondere, o che non fosse in mora prima delle seguite deteriorazioni.**

697. Poichè niuno è tenuto all' impossibile,

(1) Aix 17 d. 13; Bord. 28 f. 14; Metz 21 gg. 21; Pau 12 gg. 22; Agen 6 d. 24; Rig. 1 f. 30; Parigi 23 ap. 31; Parigi 2 ag. 49; Colmar 29 l. 30 (Dev. 31, 2, 162; 49, 2, 327; 51, 2, 272).

e per conseguenza la distruzione intera dell'oggetto dovuto, quando è accaduta senza colpa nè fatto del debitore, dispensa costui dal dar chicchessia (art. 1302), è chiaro che, qualora vi sia stata distruzione parziale, ossia semplice deteriorazione dell' oggetto dovuto, il debitore sarà liberato dando l' oggetto deteriorato qual è. Ma, ben inteso, è duopo che il deterioramento non provenga nè dalla colpa nè dal semplice fatto del debitore; stantechè la colpa, come si sa, lungi dal poter mai estinguere l' obbligazione, la farebbe nascere, al contrario, contro colui che n' era esente; e il semplice fatto non riprensibile, se non può far nascere un' obbligazione, non può tampoco estinguerne una preesistente.

Ha dunque ragione il nostro articolo di parlar del *fatto* e della *colpa*, e non è da dire, come spesso si è fatto, che la seconda espressione torni a un medesimo con la prima. Che se può esservi *fatto senza colpa*, può esservi eziandio *colpa senza fatto*, potendosi peccare per mera omissione, e non potendo l' espressione generica *fatto* abbracciare se non le colpe per commissione, per azione.

698. Del resto, se fosse stato necessario esigere la mancanza della colpa e del fatto, ciò pur bastava, e non era indispensabile aggiungere il caso di messa in mora. La mora infatti è già una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat*. Ma, poichè il nostro articolo prevedeva espressamente questo caso di mora, avrebbe dovuto aggiungere, come à cura di far l' art. 1302, che la mora non nuocerebbe al debitore, se fosse provato che la deteriorazione sarebbe avvenuta anche con la consegna fatta a tempo debito: la mora non è più una colpa quando non reca alcun nocumento al creditore.

Voglionsi pertanto completare l' uno coll' altro questi due art. 1245 e 1302, che son due conseguenze dello stesso principio, ristabilendo nel secondo *il fatto* di cui parla il primo, e in questo l' idea sussidiaria che l' altro à cura d' aggiungere circa alla mora.

Si comprende perfettamente perchè la regola fermata nel nostro articolo per la deteriorazione della cosa e riprodotta nell' art. 1302 per la sua distruzione, non s' applichi che nel caso d' un corpo certo, d' un oggetto individualmente determinato: soltanto quando io vi debbo *il tal cavallo*, allora la morte o la deteriorazione dell' animale ch' io aveva nella mia scuderia può mettermi nell' *impossibilità* di darvi in buono stato l' oggetto che v' era dovuto.

1246 [1199]. Se il debito è di una cosa determinata soltanto nella sua specie, il debitore, per esser liberato, non sarà tenuto a darla della migliore qualità; ma non potrà darla neppure della peggiore.

699. Allorchè l' oggetto del debito non è determinato *in ipso individuo*, ma solo per la sua specie, o, se si voglia, pel suo genere; per esempio quando io vi ò promesso un cavallo, una botte di vino ec., è chiaro non poter io esser costretto a darvi un oggetto di prima scelta, ma la buona fede onde le convenzioni debbono eseguirsi (art. 1134) non mi permette neppure di darvi il peggiore che potessi trovare: io dovrò darvi un oggetto di qualità media, ordinaria: la stessa regola abbiam già visto valere per l' esecuzione de' legati (art. 1022).

Spesso le circostanze del contratto serviranno a precisare e a limitare nella specie più ampia (che diviene un genere) la sottospecie (o specie propriamente detta) nella quale può esercitarsi la scelta del debitore. Così, quando io ò comprato da voi *un cavallo*, senza designare altro, sarà facile vedere dalla stessa mia professione e dal prezzo convenuto, se trattisi di un cavallo rustico destinato a' lavori agricoli e al trasporto, o d'un cavallo di lusso: fatta questa prima determinazione, s' applicherà la regola del nostro articolo con la consegna di un cavallo di qualità mezzana nella specie di cavalli riconosciuta per quella che le parti ànno avuta in mira. — Queste regole s' applicherebbono del pari, se con la convenzione si fosse la scelta attribuita al creditore. Così, quando noi siam convenuti che io vi procurerò pel tal prezzo un cavallo che voi stesso sceglierete, dal prezzo convenuto e dal complesso delle altre circostanze si vedrà di quale specie di cavalli abbiamo inteso parlare, poi di questa specie una volta conosciuta voi dovrete scegliere un cavallo di buona qualità media.

700. Ma non è così, e la parte cui è data la scelta non è privata del dritto assoluto di prendere il tal oggetto che vorrà, se non quando la cosa non si trovi determinata nella convenzione altrimenti che per la sua specie.

Se per esempio io mi son obbligato a darvi, non semplicemente *un cavallo*, ma *uno de' cavalli che sono nella mia scuderia*, questa determinazione più stretta à per naturale effetto di permettere alla parte cui spetta la scelta di sceglier quello de' cavalli che a lei piaccia. Questo dritto di scelta assoluto esisterebbe ancora, pur quando dovesse esercitarsi in tutta una specie o, se vogliasi, in tutto un genere, se fosse provato, co' termini della convenzione o altrimenti, essere stato tale il pensiero delle parti; e la regola di doversi attenere a una cosa di qualità media non si applica che quando nulla indichi una diversa volontà.

5.° Dove e a spese di chi dee farsi il pagamento.

1247 [1200]. Il pagamento deve effettuarsi nel luogo destinato dalla convenzione. Non essendovi determinazione di luogo e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove nel tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l' oggetto.

Esclusi questi due casi, il pagamento deve farsi nel domicilio del debitore.

701. Tre regole son qui tracciate in quanto al luogo ove dee farsi il pagamento.

1° È evidente che dee farsi nel luogo convenuto, quando questo luogo è in effetti indicato nella convenzione, sia espresamente, sia tacitamente: così, quando io incontro a Torino, durante le vacanze, un amico dimorante come me a Parigi, e convengo di cedergli il mio cavallo pel tal prezzo dopo il nostro comune ritorno dalle vacanze, è ben chiaro che, quantunque non siasi spiegato, il cavallo dovrà essere consegnato a Parigi, non a Torino.

2° Quando non v'è alcuna indicazione, nè espressa nè tacita, e si tratta d' un oggetto individuato, quest' oggetto dee consegnarsi nel luogo ov' era al momento che fu formata la convenzione.

3° Quando, in mancanza d'indicazione del luogo del pagamento, si tratta di cose non determinate *in individuo*, il pagamento dee farsi al domicilio del debitore, salvo si tratti d' un prezzo di vendita che debba pagarsi in contanti alla consegna dell'oggetto venduto; chè allora il pagamento di questo prezzo, giusta l' art. 1651, dee farsi nel medesimo luogo della consegna dell' oggetto.

702. Quando diciamo con la legge che, nel terzo caso, il pagamento dee farsi al domicilio del debitore, intendiam parlare del domicilio che il debitore si trovi avere al momento del pagamento, e non di quello che aver poteva al momento della convenzione e che avesse mutato di poi. Il Duranton, è vero, intende in quest'ultimo senso il nostro articolo (XII-101); ma tale interpetrazione ci sembra contraria e al testo e alla mente della legge.

Al testo; giacchè dire che *il pagamento* dee farsi *al domicilio* gli è evidentemente indicare il luogo che è domicilio nel dì del pagamento. Se la legge avesse inteso il luogo che à potuto essere il domicilio nel dì del contratto, l' avrebbe necessariamente detto, come pel secondo caso à spiegato trattarsi, non del luogo ove l' oggetto si trovi nell' atto del pagamento, ma di quello ove trovasi nell'atto della convenzione.

Alla mente della legge; e basta notare che questa regola del Codice si fonda sulla volontà del legislatore di favorire i debitori e facilitare le liberazioni. Il dubbio non è possibile quando si vada al luogo di Pothier ond' è estratto l' articolo; chè egli dice doversi la cosa pagare nel luogo ove si domanda, *ubi petitur*; or è chiaro che la *domanda* dee farsi al domicilio attuale del debitore (art. 59 C. pr.) e non a quello ch' egli aveva nell' atto della convenzione (Pothier, n.° 513).

1248 [1201]. Le spese del pagamento sono a carico del debitore.

703. È naturale che le spese da fare pel pagamento sieno a carico di colui che dee pagare, poichè non sono che i mezzi da attuare o da far constare il pagamento cui egli era tenuto.

Pertanto, incombe al debitore di portar la cosa dovuta al sito ove dee consegnarla ed a lui parimenti incombe di pagar le spese di quietanza. Un' applicazione ben semplice di questa regola si è che, quando si tratta di rimuovere un' ipoteca, la rimozione non essendo altro che la quietanza che si dà all' immobile del debito che lo gravava, a questo immobile (ossia al debitore suo proprietario), e non già al creditore, spetta pagarne le spese.

Del resto, se il debitore dee le spese del pagamento, nulla deve al di là; e quindi, se deve egli sopportare le spese necessarie per metter la cosa a vostra disposizione, voi al contrario dovete pagar le spese da farsi per trasportar la cosa al suo destino (art. 1608).

Giusta il decreto 1 luglio 1809, nei pagamenti fatti in moneta d' argento, di somme da 500 fr. in sopra, è tenuto il debitore a fornire il sacco e la cordellina, ed egli à il dritto di ritenere o farsi pagare 15 cent. a sacco; ciascun sacco dev' essere d' una dimensione da contenere almeno 1,000 fr.; e per conseguenza il debitore non può dare o almeno far pagare più sacchi che non sieno le migliaia di franchi, salvo uno di più per un eccedente di 500 fr.: laonde da 5,00 a 1,000 un sacco; da 1,500 a 2,000 fr. due sacchi ec.

§ 2.

Del pagamento con surrogazione.

704. Abbiamo spiegato sotto l' art. 1236, n. I e IV, e diffusamente da non ritornarvi qui, che la surrogazione non può essere, come pur si dice così spesso, il trasferimento da un creditore a un altro *del cre-*

dito che al primo apparteneva, sibbene il trasferimento, dall' anteriore al novello creditore, *delle cautele* del credito del primo. Senza di ciò, infatti, e se la surrogazione fosse il trasferimento di esso il credito, siccome d' altronde ogni pagamento opera l' estinzione del debito, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione* significherebbero *soppressione con conservazione, trasferimento di un credito che si è annientato*, laddove significano semplicemente *estinzione di un credito con trasferimento delle sue cautele sul credito novello che viene a sostituirvisi*.

1249. [1202]. Il subingresso nei diritti del creditore a favore di un terzo che lo paga, è convenzionale o legale.

705. La surrogazione può risultare da una convenzione o dalle stesse disposizioni della legge. L' art. **1250** si occuperà della surrogazione convenzionale, il **1251** della surrogazione legale, il **1252** traccia delle regole comuni a entrambe.

1250.[1203] Il subingresso è convenzionale:

1. Quando il creditore ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga nei suoi diritti, azioni, privilegi od ipoteche contro il debitore; questa surrogazione debb'essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento;

2. Quando il debitore prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Per la validità di tale surrogazione è d' uopo che la scrittura di prestito, e la quietanza si facciano avanti notaro: che nella scrittura di prestito si dichiari che la somma fu presa ad imprestito per fare il pagamento, e che nella quietanza pure si dichiari che il pagamento è stato fatto con i denari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Questa surroga si opera senza il concorso della volontà del creditore.

SOMMARIO.

I. La surrogazione convenzionale può esser operata: 1° dal creditore sotto due condizioni, cioè dichiarazione espressa, e simultaneità della surrogazione e del pagamento.
II. Critica al Toullier, che insegna esser d' uopo di quattro condizioni.
III. Differenze tra la surrogazione consentita dal creditore e la cessione.
IV. La surrogazione convenzionale può esser operata: 2° dal debitore, anche sotto due condizioni.

I.—706. La surrogazione convenzionale può aver luogo: 1° tra il creditore e un terzo, senza il concorso del debitore; 2° tra il terzo e il debitore, senza il concorso del creditore.

1° Può esser effettuata dalla volontà del creditore a prò della persona che lo paga, mercè due sole condizioni: che la surrogazione sia espressa, che sia fatta nell' istante del pagamento.

E prima, debb' essere espressa. Ma ciò non significa, beninteso, che abbia ad esser concepita ne' termini onde si serve il nostro articolo. Così basta pure che il creditore dichiari di *surrogare* la persona che lo paga, e non è necessario dire che la surroghi *in tutti i suoi dritti, azioni, privilegi* ec. La Corte di Riom à dunque commesso un patente errore quando à giudicato (12 gen. 1809) non esservi surrogazione piena e intera nell' atto con cui il creditore avea dichiarato di surrogare N. N. *nei due biglietti* ch' egli aveva contra Y: el non ci à mica, in quanto agli effetti, più specie di surrogazione, la legge non ammette punto una surrogazione totale ed una parziale, e tosto che il creditore à dichiarato di *surrogare*, è evidente esservi surrogazione completa. Non è pur necessario che il creditore abbia usata la parola *surrogare*; è ben chiaro che la surrogazione esisterebbe se, in cambio d' usare la parola, avesse spiegata la cosa, dicendo che *sostituisce la persona nel suo luogo per esercitare i suoi dritti*. A dir breve, la surrogazione debb' essere espressa nell' atto; ma non monta in quai termini lo sia. — La seconda condizione richiesta dalla legge è che la convenzione di surrogazione per la persona che paga si faccia ad un medesimo col pagamento; sarebbe impossibile dopo il pagamento; chè tal pagamento avendo avuto luogo senza surrogazione, avrebbe estinto non solo il credito, ma anche i suoi accessori; e che questi una volta estinti, è chiaro, non potersi più trasferire. Ma noi pensiamo al pari del Dalloz (v.° *obblig.*) che nulla s' opponga perchè la convenzione di surrogare si faccia prima del pagamento;che allora sempre nel momento stesso del pagamento si attua la surrogazione prima consentita; e le due condizioni volute (1° che la surrogazione si compia nell' atto del pagamento, e 2° che sia espressa nella convenzione) trovansi entrambe esistenti.

II. — 707. Del resto, queste due condizioni son le sole che la legge richiegga; onde si cade nell' arbitrio esigendo col Toullier (VII-127) e col Duvergier (*Vendita*, II-247) che sia, in applicazione dell' art. 1690, no-

tificato al debitore l' atto di surrogazione, o che questa surrogazione sia dal debitore accettata in un atto autentico. L' art. 1690 non parla che della vendita o cessione dei crediti, e non già della surrogazione. Senza dubbio il surrogato dee mettersi in sicurtà contro la mala fede del creditore surrogante, il quale potrebbe farsi pagare dal debitore ignaro della surrogazione; ma non è già astretto a farlo co' mezzi che indica l' art. 1690; e una ricognizione per atto privato fatta dal debitore della scienza datagli, o anche la semplice dichiarazione di lui di essergli fatto conoscere il pagamento con surrogazione, basterebbero per far dichiarare nullo il pagamento che fatto avesse al suo creditore, malgrado la scienza datagli. Basterebbe del pari al surrogato, per mettersi in sicurtà in faccia ai terzi e impedir l' effetto, sia d' un sequestro nelle mani del creditor surrogante, sia d' una cessione o d' una seconda surrogazione, che questi di mala fede consentisse; basterebbe che l' atto che fa pruova del pagamento fatto con surrogazione avesse data certa; e se il Toullier cade nell' errore, esigendo per la surrogazione le condizioni che l' art. 1690 domanda sol per la cessione, vi cade anche quando esige, perchè il surrogato acquisti i dritti del creditor surrogante, la consegna dei titoli di quest' ultimo (n.° 126), il che darebbe quattro condizioni necessarie per la validità della surrogazione, quando la legge ne domanda sol due.

Invano Toullier invoca lo articolo 1141, il quale dichiara che se, di due persone a cui si era promesso successivamente di consegnare una medesima cosa, quella con cui si è trattato in secondo luogo è messa in possesso, essa rimarrà proprietaria della cosa; chè questo articolo non à applicazione possibile al caso che ci occupa. Questo art. 1141, in fatti, siccome abbiam veduto spiegandolo, non è che l' applicazione, fatta ad un caso particolare, del principio generale dello art. 2379, secondo cui il possesso di buona fede, pei mobili, rende proprietario immediatamente con prescrizione.

Or noi vedremo (ed è un punto costante) che lo art. 2279, non parla che de' mobili propriamente detti, de' mobili corporali, e punto nè poco de' crediti; lo art. 1141, che non è che l' applicazione dell' art. 2279, non à dunque nulla a far quì. Questo nuovo errore del resto non à nulla di strano presso Toullier, che non à compreso nè lo art. 1141, come si è già veduto, nè tampoco lo art. 2279, poichè fa una lunga dissertazione (XIV-105 e seg.) per sostenere, contro l' evidenza, che la prescrizione de' mobili non si compie sotto il Codice che col possesso *di tre anni!*

III.—708. La surrogazione non essendo punto una compra del credito, poichè suppone al contrario che questo credito è pagato, o quindi estinto, ne segue che, se questa surrogazione fosse stata consentita per una somma minore dello ammontare del credito, il surrogato, in luogo di poter reclamare dal debitore lo ammontare integrale del credito, come il potrebbe un cessionario, non potrebbe domandargli che la somma che avesse sborsata. In fatti, quando io compro un credito, questo medesimo credito mi appartiene, qualunque sia d' altronde il prezzo pel quale l' ò comprato, e questo credito istesso ò io a ricevere contro il debitore. Accadrebbe ancora lo stesso se il credito mi fosse stato ceduto gratuitamente, poichè allora lo ò bene il credito che aveva il precedente creditore. Ma quando, al contrario, ò fatto un pagamento con surrogazione, il pagamento avendo estinto il precedente credito, esso non mi appartien punto; ciò che mi appartiene è un credito nuovo risultante dall' aver io versata una somma a favore del debitore. Non posso dunque reclamare in tal caso che questa somma, e non già un antico credito che più non esiste.

Se però, nel caso di versamento di una somma minore dello ammontare del credito, risultasse chiaramente, sia da' termini dell' atto, sia dalle circostanze, che l' intenzione del creditore e del terzo è veramente stata che quest' ultimo avesse il credito intiero, sarebbe ben mestieri rispettare questa volontà delle parti; ma noi si potrebbe fare se non riconoscendo che le parti, malgrado i termini inesatti di cui àn potuto servirsi, àn fatto una vera cessione, e non un pagamento con surrogazione.

Se, dopo un pagamento con surrogazione si riconoscesse che il credito pagato punto non esisteva, l' azione del surrogato contro il creditore pagato non sarebbe, come in caso di vendita, l' azione di garenzia accordata dallo art. 1693; sarebbe un' azione di restituzione dello indebito, risultante dallo art. 1376. Si comprenderà più tardi che queste due azioni presentano delle differenze importanti.

Lo art. 1252 ci presenterà ancora una nuova differenza tra la cessione ed il pagamento con surrogazione.

IV. — 709. 2° La surrogazione convenzionale può operarsi in secondo luogo, senza la partecipazione del creditore, dal debitore che toglie a prestito una somma per liberarsi. Per ciò son ancora necessarie due condizioni: 1° che l' atto d' imprestito e la quietanza del credito sien notarili; 2° che sia espresso, nell' atto d' imprestito, che i danari sono imprestati pel pagamento da farsi, e nella quietanza che que-

sto pagamento è stato effettivamente fatto mercè tali denari.

Non si richiede alcun' altra condizione; e non è neppur necessario dire che la volontà delle parti è, che colui che presta sia surrogato ne' dritti del creditore: questa volontà risulta in fatti abbastanza chiaramente dalla duplice indicazione che si è avuto cura d' inserire nell' atto di imprestito e nella quietanza.

Le condizioni dalla legge richieste per questa seconda specie di surrogazione convenzionale e che lo erano state sin dall' origine, dall'ordinanza di Errico IV, quando questa surrogazione fu permessa per la prima volta (all'uopo di facilitare i rimborsi di rendite, giunti sotto Carlo IX al *denier douze*, ossia a più di 8 p. 100) sono state richieste nello scopo di prevenir le frodi con cui un debitore potrebbe far rivivere, a detrimento de' suoi creditori, delle cause di preferenza anteriormente estinte.

1251 [1202]. Il subingresso ha luogo *ipso jure*:

1. A vantaggio di colui che, essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione de' suoi privilegi od ipoteche:

2. A vantaggio dell' acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo era ipotecato;

3. A vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo;

4. A vantaggio dell'erede beneficiato che ha pagato con i proprj danari i debiti ereditari.

SOMMARIO

I. Non vi sono che quattro casi di surrogazione legale.
II. Sviluppi su ciascuno de' quattro casi.

I. — 710. La surrogazione si effettua di pieno dritto e per la sola forza delle disposizioni della legge nei quattro casi che indica il nostro articolo, casi in cui colui che viene a pagare il creditore aveva interesse a farlo e ad essere sostituito a quest' ultimo.

Del resto, sebbene questa surrogazione legale sia fondata sullo interesse che la persona aveva a fare il pagamento, converrebbe astenersi dal conchiudere, che debba aver luogo a favore di ogni persona interessata al pagamento da essa fatto: la surrogazione è di dritto stretto, è una eccezione e non può aver luogo quindi allo infuori dei casi preveduti dalla legge.

II. — 711. La surrogazione è ammessa:

1° A favore del creditore che paga un altro creditore avente su di lui una causa di preferenza. Così, il creditore chirografario che paga il creditore ipotecario del suo debitore si trova di pieno dritto surrogato nella ipoteca di questo secondo creditore. Si comprende infatti che il primo creditore poteva aver grande interesse ad esser sostituito al suo creditore, purchè costui non facesse vendere in tempo inopportuno ed a tenue ragione lo immobile ipotecato, il quale, così venduto, non avrebbe forse pagato che il debito ipotecario, laddove, venduto in tempo ed in modo convenevole, darà forse un prezzo sufficiente per pagare i due debiti. — Sarà a dirsi lo stesso di un creditore ipotecario che paga un altro creditore ipotecario di un rango anteriore, o un creditore privilegiato. — E sebbene la legge non parla che di privilegi e d' ipoteche, è chiaro che la regola esiste per tutt' i casi in cui il creditore pagato aveva sull'altro una causa legale di preferenza, qualunque si fosse: così quando di due creditori, l' uno à ricevuto l' immobile del debitore in antieresi o le sue mercanzie in pegno (V. art. 2071, 2072), il che gli dà, per manco di pagamento, il dritto di far vendere i beni ch'egli avrà in pegno (art. 2073, 2088), è evidente che l' altro creditore, se rimborsa il primo, sarà surrogato ne'suoi dritti come se pagasse un creditore ipotecario: la posizione è la stessa, e se il nostro articolo parla di privilegi e d' ipoteche, è unicamente perchè son queste le cause di preferenza più ordinarie.

2° A favore dello acquirente d' immobile gravato d'ipoteche che paga una o più di queste ipoteche. — Questo acquirente è interessato a fare tal pagamento e ad esser sostituito ai creditori che paga; chè egli trova in questa sostituzione un mezzo di conservare l' immobile che à acquistato.

Pagando i primi creditori ipotecari fino alla concorrenza di una somma eguale al valore del bene, non avrà più nulla a temere nè dal canto de' creditori pagati (poichè sono ormai senza dritto), nè dal canto de'creditori posteriori, i quali non avrebbero alcun interesse ad effettuire un' espropriazione il cui prodotto sarebbe assorbito dalle ipoteche anteriori appartenenti oggi allo acquirente. — Questo secondo caso preveduto dal nostro articolo rientra evidentemente nel terzo; poichè questo si applica a chiunque, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento di un debito, aveva interesse di pagarlo, ed il vostro acquirente, interessato al pagamento de' creditori ipotecari, si trova egli stesso tenuto a tal pagamento, non come obbligato personalmente

ma come detentore del bene ipotecato. Ciò prova che non bisogna rigorosamente tener dietro alla redazione del nostro comma, e spiega perchè non abbiam tenuto conto delle parole «*chi impiega il prezzo del suo acquisto.*» In fatti, se lo acquirente avesse impiegato al pagamento una somma al di là del suo prezzo d'acquisto, o quand'anche avesse in prima pagato questo prezzo al suo venditore, e non avesse soddisfatto gli ipotecari che con altri danari, avrebbe pur sempre la surrogazione; e se si pretendesse ricusargliela, giovandosi a torto de' termini del nostro paragrafo, si vede chiaro che l' avrebbe sempre in forza del paragrafo seguente. Se adunque la legge ha parlato qui dello impiego del prezzo di acquisto, lo à fatto preoccupandosi *de eo quod plerumque fit*, e perchè il più sovente lo acquirente non impiegherà in fatti che questo prezzo di acquisto al pagamento delle ipoteche.

Se l' ipoteca de'creditori che paghi lo acquirente si estendesse su altri immobili diversi da quello da lui acquistato, è chiaro che questo acquirente, per l' effetto della sua surrogazione, si troverebbe aver ipoteca su questi altri immobili; il Codice, non avendo ristretto lo effetto della surrogazione allo immobile acquistato, come faceva l'antica giurisprudenza, lo acquirente à dunque esattamente gli stessi dritti del creditore in luogo del quale vien messo.

3° A favore di chiunque aveva interesse a pagare il debito, perchè vi era tenuto con altri o per altri.

Pertanto, allorchè l' uno dei debitori solidali paga per intiero il debito, è surrogato in tutt' i dritti del creditore contra i suoi condebitori, *co' quali* era tennto al pagamento; e quando il pagamento è fatto col mezzo d'un fideiussore, questi è surrogato al dritto del creditore contro il debitore principale *pel quale* era tenuto. Come tenuto *per altri* ancora vuolsi considerare il detentore di un' immobile ipotecato; nol si può considerare come tenuto *col* debitore, ma soltanto *per* questo debitore, poichè costui solo è obbligato personalmente, ed il detentore non è rispetto a lui che un fideiussore. Questa distinzione à la sua importanza, come si vedrà nel n.° III dello articolo seguente.

4° Infine, a favore dello erede beneficiario che paga coi suoi danari i debiti della successione.—Questo erede, quando la successione non presenta danaro contante con cui possansi pagare i debiti ereditari, à grand' interesse a pagarli coi suoi danari, acciò i creditori non facciano vendere, in tempo inopportuno forse ed al disotto del loro giusto prezzo, i beni il cui intiero valore al di sopra del passivo della successione deve rimanergli.

1252 [1204]. Il subingresso stabilito negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fidejussori, quanto contro i debitori: esso non può nuocere al creditore, quando questi non fu pagato che in parte; in tal caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto, in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale.

SOMMARIO

I. La surrogazione trasferisce al surrogato, entro i limiti del suo credito, tolte la garenzie che appartenevano al creditore primitivo.

II. Eccezione iniqua arrecata a tal principio pel caso di pagamento parziale — Il dritto di preferenza esclusivo in tal modo riservato al creditore passerebbe al suo cessionario, ma non ad un secondo surrogato. — Osservazioni.

III. Le garenzie che aveva il creditore non passano al surrogato che entro i limiti del credito di costui. — Come si regola il ricorso di questo surrogato quando più persone son tenute del debito.

I. — 712. La surrogazione, sia legale, sia convenzionale produce sempre lo stesso effetto: quello di porre il surrogato in luogo del creditore, non in quanto al credito medesimo, ma in quanto alle garanzie di questo credito, che passan tutte sul credito del surrogato. Così, quando il creditore che si è pagato avesse un privilegio o un' ipoteca, il credito nato a favore di colui che lo à pagato sarà garentito con questo stesso privilegio o con questa stessa ipoteca; se il credito pagato con surrogazione fosse garentito dalla cauzione di una o più persone, il surrogato potrà effettuire il suo credito contro gli stessi fideiussori. In pochi detti, tutte le garenzie che proteggevano il credito estinto proteggeranno egualmente il credito del surrogato. Se il nostro articolo parla specialmente de' fideiussori, non è certo per escludere le altre specie di garenzie, ma al contrario per consacrare lo effetto assoluto della surrogazione e prevenire i dubbi che avesser potuto esistere in quanto al trasferimento della cauzione. In effetti, la prima frase del nostro articolo non esisteva nel progetto, e non è stata aggiunta, sulla domanda del Tribunato, « che per far cessare la diversità « di giurisprudenza che esisteva un tempo tra « certi tribunali superiori; per esempio, tra « il parlamento di Parigi e quello di Rouen, « decidendo quest'ultimo che la surrogazione « estingueva l'obbligazione de' fideiussori. » (Fenet, t. XIII, p. 159).

Ma, benintesso, il trasferimento delle garenzie sul credito del surrogato non à luogo che entro i limiti in cui questo credito esiste. Non v'à accessorio senza principale; se adunque il credito del surrogato è meno considere-

vole di quel che era quel del creditore primitivo, o se non esiste che contro un molto minor numero di persone, è chiaro che le garenzie accessorie di questo credito non avran maggiore estensione del credito medesimo. Ritorneremo su questa idea al n.° 111; ma ciò che importa comprovar qui è, che il credito del surrogato riceve, nei limiti ond' è suscettivo, le garenzie di cui godeva il creditore primitivo: in ciò precisamente consiste la surrogazione.

II. — 713. La seconda parte del nostro articolo arreca, pel caso di un pagamento parziale, una eccezione al principio che il credito del surrogato gode delle stesse garenzie di quello del creditore pagato, eccezione cui i nostri redattori non ànno indubitatamente ammessa per irriflessione, e che torna impossibile accordare coll' equità. . . La surrogazione, dico la legge, quando il pagamento non è che parziale, *non può nuocere* al creditore. Ciò è giustissimo; o non vi sarebbe da censurare il nostro articolo se tenesse fermo a ciò... Ma disavventuratamente si spinge ben più oltre, e, sotto pretesto di non *nuocere* al creditore, gli accorda in questo caso un vantaggio mostruoso, a detrimento del surrogato. Aggiunge infatti che, in questo caso di pagamento parziale, il creditore potrà, per la parte non pagata, esercitare i suoi dritti *in preferenza sul surrogato*.

Così Pietro à contro Paolo un credito ipotecario di 12,000 fr., di cui io gli pago metà, facendomi surrogare per questa metà. Si vende la casa ipotecata al debito, e per dispiacevoli circostanze non sen ricava, prelevate le spese, che 6,000 fr.; Pietro, che riman debitore di 6,000 fr., eserciterà per casi il suo dritto *in preferenza su di me*, ossia torrà egli i 6,000 fr. provvenienti dall' espropria, ed io non avrò nulla. Pertanto Pietro, malgrado l'insolvibilità ben reale del suo debitore, fuori stato di pagargli più di 6,000 fr., sarà integralmente pagato de' suoi 12,000 fr., mercè i 6,000! Ecco ciò che la legge chiama organizzare gli effetti della surrogazione parziale, in modo che *non nuoca* al creditore.

È ben chiaro che conveniva lasciar questo caso sotto lo impero del dritto comune, e dire che il surrogato, essendo messo al posto del creditore, avrebbe per la parte in cui è surrogato, *gli stessi dritti* che questo creditore conserva pel resto. In tal guisa il creditore ed il surrogato, a ciascun de' quali eran dovuti 6,000 fr., sarebber venuti con un dritto eguale sul prodotto della vendita: ciascuno avrebbe preso 3,000 fr., in modo che il creditore, non che perder nulla con la surrogazione parziale che aveva consentita, vi avrebbe ancora guadagnato i 3,000 fr. che perderebbe il surrogato; 3,000 fr. che non avrebbe avuti senza la surrogazione.

Questa eccezione del nostro articolo è tanto più inesplicabile per quanto è in deffinitiva, tra il creditore surrogante ed il surrogato, la negazione di ogni surrogazione pel caso onde si tratta. Infatti, dire che il creditore, per ciò che gli riman dovuto, prenderà il posto di colui che gli paga una parte, si è dire che costui non è messo per questa parte nel posto del creditore; or, se non è messo in sua vece, non gli è dunque surrogato; poichè la surrogazione è la sostituzione di colui che paga in luogo di colui che vien pagato. Il nostro articolo ritorna dunque a dire che il pagamento, ancho formalmente dichiarato fatto con surrogazione, non produce mai surrogazione rispetto al creditore, quando non è che parziale e non estingne tutto il credito... Questa regola, lo si vede, è strana quanto ingiusta; ma è formale: *statuit lex*. La surrogazione, ossia il dritto per colui che à pagato di reclamare per la sua porzione le garenzie che appartenevano al creditore, non esisterà in questo caso che rispetto a chiunque altro, tranne questo creditore.

714. E poichè, secondo questa regola bizzarra, la frazione di credito, o credito più piccolo, che rimane al creditore parzialmente pagato, gode, in esclusione di colui che à pagato, delle garenzie che proteggevano primitivamente il credito intiero, ne segue chiaro che, se questo credito più piccolo, in tal modo favorito oltre misura e non si sa perchè, viene a passare ad un nuovo titolare, per vendita, permuta, donazione, legato, o altrimenti, ed in guisa che sia ben lo stesso credito, questo nuovo titolare avrà, rispetto alla persona imperfettamente surrogata, gli stessi dritti del creditore medesimo; ciò è evidente, poichè questo nuovo titolare possiede *lo stesso credito*. Ma se il creditore, in luogo di trasmettere questa frazione di credito, ne ricevesse il pagamento, e vi fosse pur surrogazione a questa seconda parte del credito, allora, come il secondo surrogato non potrebbe dire di avere *lo stesso credito* (poichè questo credito sarebbe estinto), le cose rientrerebbero nel dritto comune, i due surrogati avrebbero de' dritti identici e verrebbero in concorrenza.

715. È indubitato, del resto, che la regola del nostro articolo essendo una eccezione, ed una eccezione stranamente rigorosa, non potrebbe venir trasferita dal caso di surrogazione al caso di cessione. Se adunque il creditore, in luogo di ricevere il *pagamento*, e di operare in tal modo la estinzione di una parte del suo credito, vendesse, permutasse o cedesse altrimenti questa parte di credito, in questo caso, siccome lo acquirente ottiene, non più soltanto *le garenzie* del credito primitivo de-

stinate a proteggere un nuovo credito nascente a suo favore (garenzie cui la regola del nostro articolo à snaturate), ma sibbene *il credito* primitivo medesimo per una parte, è chiaro che questo acquirente riceverà tal parte di credito con la natura che à, con la natura che conserva l' altra parte rimasta nelle mani del creditore, e che quindi il creditore primitivo ed egli avrebbero dei dritti identici.

716. Ci rimane a presentare un' ultima osservazione sulla redazione troppo estesa della disposizione di cui qui trattiamo. Il nostro articolo dice che « in caso di pagamento parziale, il creditore può esercitare i dritti che « gli rimangono, in preferenza di colui dal « quale à ricevuto tal pagamento. » Questa proposizione, interpetrata alla lettera, potrebbe far credere che il creditore, al quale si è pagata una parte del suo credito, deva esser preferito pel pagamento della parte che gli resta, qualunque si sia il suo credito, ed anche quando questo credito non presentasse niuna garenzia particolare. Ciò sarebbe un errore, e la preferenza non è e non può essere accordata che per lo esercizio di tali garenzie. Pertanto, il creditore sarà preferito al surrogato per profittare d'un privilegio, d' un' ipoteca, d' una cauzione, ec.; ma non gli sarebbe punto preferito, ed il pagamento si farebbe tra essi *pro rata*, se si trattasse d' un credito ordinario che non presentasse alcuna garenzia particolare.

Il nostro articolo infatti, non à potuto avere per iscopo nè per effetto di *creare* una causa di preferenza tra' diversi creditori d' un medesimo debitore; si limita a permettere al creditore che non è pagato che parzialmente, di *conservare* e far valere prima di colui che l' à così pagato i mezzi di preferenza *che già gli appartenevano*. Se adunque non esiste alcun mezzo di preferenza, lo articolo si trova forzosamente non aver più applicazione; ed i due creditori, non avendo allora entrambi che un credito ordinario, vengon necessariamente in concorrenza... In altri termini, il nostro articolo non è fatto che pel caso di surrogazione, è il trasferimento fatto ad un nuovo creditore delle garenzie di cui godeva un primo creditore. Ma, quando questo primo creditore non aveva alcuna garenzia, è vero dire, che non v' à surrogazione possibile, e che il nostro articolo non trova applicazione. E ciò è sì vero che se, attenendosi più alle parole che alle cose, si volesse pretendere esservi egualmente surrogazione, tuttochè questa surrogazione non serva a nulla, colui che à fatto il pagamento parziale sarebbe sempre libero di dire, che rinuncia a questa surrogazione, che intende venire come creditore *non* surrogato, che non invoca per nulla i dritti del creditore primitivo e reclama semplicemente il credito che è nato per lui dalla gestione d' affari; e come si trova a fronte di un altro creditore che non à, al par di lui, alcuna causa di preferenza, sarà ben uopo ammetterli entrambi a concorrere... Ancora una volta, lo articolo non è fatto che pel caso in cui il creditore parzialmente pagato aveva qualche garenzia speciale, in cui il pagante è stato *surrogato*, garenzia di cui *conserva* il beneficio esclusivo verso di costui.

III. — 717. Abbiamo già fatto osservare che le garenzie le quali, per l'effetto della surrogazione, son trasferite sul nuovo credito, non possono, come di ragione, esser più estese di questo credito medesimo. Così, quando il creditore à ben voluto tenersi pagato e consentire la surrogazione mercè una somma minore dello ammontare del suo credito, in guisa che il surrogato non è creditore che di questa somma, è evidente che per questa somma soltanto avrà il surrogato l' ipoteca o altra garenzia che la surrogazione gli à trasmessa. Così pure, nel caso di più debitori solidali, tre per esempio, se precisamente uno di questi tre debitori è surrogato al creditore, è ben chiaro che questo surrogato non potrà avere azione che contro due persone, sebbene il creditore l' avesse contro tre. Non si può dunque punto prendere alla lettera questa proposizione, che la surrogazione trasferisce al surrogato tutte le garenzie del creditore primitivo, tali quali esistevano per questo creditore: il surrogato riceve ben le garenzie del creditore; ma non le riceve che quando il suo credito ne è suscettivo, e l' azione di questo surrogato non avrà sempre la stessa estensione e non si eserciterà sempre contro altrettante persone che quella del creditore. — Passiamo in rivista i diversi casi.

718. — Quando si tratta di un debito a cui eran tenute più persone ed il cui pagamento con surrogazione è stato fatto precisamente dall' una di queste persone, è uopo, per determinare il dritto d' azione del surrogato, distinguere se era soltanto tenuto per *le altre* senza essere personalmente obbligato, o se lo era *con le altre*, essendo egli stesso debitore per la parte sua.

Quando il surrogato era egli stesso personalmente debitore, è chiaro che non à regresso per la parte che doveva rimanere a suo carico; ed anzi il suo regresso pel resto non può esercitarsi contro i suoi coobbligati che per la parte di ciascuno: si è quanto formalmente dichiarano gli articoli 875 e 1214, il cui testo dà una mentita positiva alla dottrina contraria di Toullier (VII, n.° 163).

In quanto a coloro che non eran tenuti al pagamento che per lui e pe' suoi condebitori, senza essere essi stessi debitori, è evidente che questo debitore surrogato non à alcun regresso contro di essi.

Quando, al contrario, il pagamento è stato fatto da una persona che non era personalmente debitrice e che non era tenuta che per le altre, questa persona à il suo regresso pel tutto contro ciascuno de' debitori; e l'à contro coloro che non eran tenuti come lei che per questi debitori, per la parte di ciascuno di essi.

Per ciò che concerne il caso nel quale colui che è stato surrogato era completamente estraneo al debito e non ne era tenuto nè con altri nè per altri, non abbiam d'uopo di parlarne; è ben evidente che questo surrogato avrà azione contro tutti coloro, contro i quali il creditore l'aveva, e con la stessa estensione. Noi non ci occupiamo che del caso di un surrogato che era egli stesso tenuto, sia cogli altri (essendo egli stesso uno de' debitori), sia soltanto per gli altri (come un fideiussore, un terzo detentore d'immobili ipotecati, ec.). In tal caso si applicheranno le regole che abbiamo testè indicate.

Pertanto, supponiamo un'obbligazione di 9,000 fr., contratta solidalmente da tre debitori e garentita in oltre da tre fideiussori: se il debito è pagato per intero dall'uno de' tre debitori, non avrà azione che per 3,000 fr. contro ciascuno de' suoi due condebitori, e non ne avrà contro i fideiussori: che se il debito è pagato dall'uno di questi fideiussori, costui avrà regresso pel tutto contro ciascuno de' debitori, e per 3,000 fr. contro ciascuno de' due altri fideiussori (art. 1214 e 2033). Una volta compreso questo esempio è uopo generalizzarlo, assimilando ai condebitori solidali tutti coloro che son tenuti del debito personalmente, ed ai semplici fideiussori coloro che ne son tenuti sol per altri. Così, quando un debito è ipotecato su più immobili posseduti da diverse persone, se questo debito è pagato dall'uno de' debitori, questi non avrà azione contro i suoi condebitori che per la parte di ciascuno (art. 875), e non ne avrà contro i semplici terzi detentori d'immobili ipotecati al debito; se, al contrario, il debito è pagato dall'uno di questi terzi detentori, avrà il suo regresso pel tutto contro ogni debitore che possegga un immobile ipotecato, ma non l'avrebbe contro altri terzi detentori per che la porzione di ciascuno (porzione che sarebbe calcolata, in questo caso, secondo il valore relativo degli immobili posseduti da questo terzo).

719. Diremo dunque in poche parole, e comprendendo sotto il nome generico di fideiussori tutti coloro che non si trovan tenuti del debito che per altri, senza esser personalmente debitori: 1° Per un estraneo, sia contro i debitori, sia contro i fideiussori; ed ancora per un fideiussore, contro i debitori la surrogazione produrrà il suo effetto intiero, ed il surrogato avrà l'azione pel tutto, quando l'avea il creditore; 2° pei debitori contro gli altri debitori, e per un fideiussore contro gli altri fideiussori, l'azione non avrà luogo che per una parte e porzione, tuttochè il creditore avesse potuto agire pel tutto; 3° per un debitore contro i fideiussori, la surrogazione è senza effetto, e non è possibile niun' azione.

§ 3.

Della imputazione de' pagamenti.

1253 (1205). Il debitore che ha più debiti, ha diritto di dichiarare, quando paga, qual sia il debito che intende di soddisfare.

720. Sebbene questo articolo sembri parlare senza restrizione di tutti i casi in cui un debitore fosse sottomesso a più obbligazioni verso uno stesso creditore, è chiaro che si tratta sol di quello i cui diversi debiti ànno un oggetto simile; che, se ciascun debito avesse un oggetto differente, si vedrebbe chiaro dal fatto medesimo, quale tra esso intendesi pagare.

Del resto, la facoltà pel debitore di più obbligazioni aventi degli oggetti di specie identica, di pagare quella che vuole, non può esercitarsi in onta de' dritti del creditore. Così, per esempio, se il debitore pretende pagare un debito che non fosse ancora scaduto, ed il suo termine fosse stato stipulato nello interesse del creditore, è evidente che questi non potrebbe essere astretto a riceverne il pagamento. Così pure, se il debitore deve, in pari tempo, un capitale e degli interessi o annualità scaduti da questo capitale, e questo debitore non faccia un pagamento sufficiente per estinguere e gl' interessi ed il capitale, è chiaro che non potrà imputare questo pagamento sul capitale in preferenza degli interessi o annualità. Ciò appunto dichiara lo articolo seguente, dalla cui spiegazione vedremo (n. III) che quest' ultimo caso non è tampoco un' eccezione alla regola, poichè questa regola non è fatta che pel caso di *più debiti*, e non v' à allora che un solo debito che abbraccia gl' interessi col capitale.

1254 (1206). Il debitore per un debito che produce frutti o interessi, non può, senza il consenso del creditore, imputare nel capitale in preferenza dei frutti e degli

interessi, ciò ch'egli paga: il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi, ma che non è integrale, s' imputa prima sugli interessi.

SOMMARIO

I. Il pagamento che la quietanza dichiara fatto *per capitale ed interessi* o *annualità* s' imputa innanzi tratto su queste annualità o interessi. Nel silenzio della quietanza, il punto di sapere se l'eccedenza di ciò che era dovuto per interessi deve imputarsi sul capitale, o se può ripetersi come pagata indebitamente, non è che una quistione di fatto, tanto per una rendita quanto per un capitale esigibile.

II. Confutazione della dottrina contraria di Pothier e di Duranton.

III. L' articolo non si applica che agli interessi compensatori. Critica di Delvincourt e di Zachariae.

I. — 721. Quando la quietanza comprova che il debitore à dichiarato fare il suo pagamento *per capitale ed interessi* ovvero (se si tratta di una rendita) *per capitale ed annualità*, non basta che la parola *capitale* si trovi così scritta prima delle parole *interessi* o *annualità* per far cessare la regola ben naturale, che il pagamento deve imputarsi inprima sulle annualità o interessi, e non riflettere il capitale che per l' eccedenza.

Ma se nel pagare e ricevere una somma maggiore dell'ammontare degl'interessi o annualità, ma troppo debole per pagar pure la totalità del capitale, le parti non avesser detto nulla, occorrerebbe forse, in questo silenzio assoluto della quietanza, dir pure che l' eccedenza s'è imputata su di una frazione del capitale, ovvero dovrebbesi decidere che questa eccedenza costituisce una somma indebitamente pagata e che il debitore può reclamare?... È evidente esser questa una quistione di fatto, una quistione d' intenzione, che i giudici decideranno con lo esame delle circostanze. Se si riconoscesse in fatti che le parti ànno inteso estinguere una porzione del capitale, questa porzione sarà estinta, e non vi sarà stato pagamento dello indebito; se al contrario, si vede che il debitore à data una somma maggiore di questi interessi senza averne la intenzione, per errore, e non credendo pagare che gl'interessi, è chiaro che v' à pagamento d'una cosa indebita, poichè il debitore, facendo un calcolo erroneo degli interessi, à creduto e voluto pagare degli interessi che non doveva.

II. — 722. È questa dunque una quistione d' intenzione, un punto di fatto per conseguenza; e deve arrecar maraviglia la decisione data qui da Pothier, e che Duranton riproduce copiandola parola a parola (Pothier, n.° 533, comma 3 e 4; Duranton, n.° 192, comma 5 e 6).

Pothier dice che, allorchè non si tratta d'una rendita, ma d' un capitale ordinario, anche quando la imputazione fosse stata fatta espressamente sugli *interessi* soltanto e *senza portare del capitale*, ciò che eccedesse gli interessi s' imputerebbe egualmente sul capitale; ma al contrario, se si trattasse d' una rendita, il debitore che avesse *per errore* pagato più di quel che doveva per le annualità, avrebbe la ripetizione di ciò che avesse così pagato di più. Duranton riproduce le stesse decisioni di Pothier, negli stessi termini di Pothier. Or, che v' à di più strano di queste due decisioni?...

Ed innanzi tratto, pel caso di rendita, è ben vero, che se una somma eccedente gli interessi è stata versata *per errore*, vi sarà luogo a ripetizione; ma la quistione sarà precisamente di sapere, se questo pagamento d' una somma eccedente lo ammontare degli interessi è stato fatto per errore, o se con la intenzione di estinguere una parte del capitale della rendita. E se, tuttochè non siasi nulla detto nella quietanza a tal riguardo, è non pertanto provato dalle circostanze che intendevasi estinguere una parte di questo capitale; per esempio, se per una rendita d' un capitale di 30,000 fr., una prima quietanza del 1840 spiega per disteso che il creditore à ricevuto 11,500 fr., cioè: 1,500 fr. per le annualità d' un anno, e 10,000 fr. da valere sul capitale, e che l' anno seguente una seconda quietanza comprova senza nulla spiegare un pagamento di 11,000 fr., non sarà forse evidente, sebbene questa seconda quietanza non dica nulla, che il nuovo pagamento à avuto per iscopo di pagare i 1,000 fr. di annualità dovuti per l' anno, indi un secondo terzo del capitale della rendita?...

Ed ora, il caso d' un capitale ordinario, esigibile, non è forse assolutamente, in dritto, sulla stessa linea del caso di rendita? Se v'à veramente luogo a credere, che l' eccedente di ciò che era dovuto per gl' interessi è stato dato per una parte del capitale, è evidente che questa parte del capitale sarà estinta; ma se si suppone per questo caso, come Pothier e Duranton suppongono pel caso di rendita, che questa eccedenza è stata versata *per errore*, è ben chiaro al certo, che vi sarà luogo a ripetizione. Così, quando io debbo a Pietro una somma di 4,000 fr. ed a Paolo una somma di 20,000 fr. pagabili l' una e l' altra in più anni, e mi è accaduto di versare a Pietro, in luogo di 200 fr., che doveagli dare per interessi d' un anno, i 1,000 fr. che doveva consegnare a Paolo lo stesso giorno e de' quali Pietro mi à rilasciato quietanza, è chiaro che sarà facile stabilire il mio errore, e che una volta

riconosciutolo, non si potrà astringermi a lasciare a Pietro gli 800 fr., che gli ò dati di troppo e che non gli debbo se non in tre o quattro anni.

723. Le due decisioni di Pothier e di Duranton son dunque evidentemente inesatte. Per la rendita come pel capitale esigibile, la quistione di sapere se, nel silenzio della quietanza, ciò che si è versato al di là degli interessi o annualità deve imputarsi sul capitale o rimaner soggetto a ripetizione è un punto di fatto da decidersi dalle circostanze. Nell' un caso come nell'altro vi sarà luogo a ripetizione, se l'eccedenza è stata versata per errore: in ambo i casi, quest'eccedenza sarà dichiarata imputata sul capitale, se si riconosce che tale è stato il pensiero delle parti. Le sole differenze che potran presentare i due casi, non saranno che circostanze, le quali potran facilitare la decisione nel tal senso anzichè nel tal altro: se, per esempio, si trattasse di un capitale esigibile attualmente scaduto, si comprende che il dritto che aveva allora il creditore di agire immediatamente pel suo rimborso contribuirebbe fortemente a far pensare, che il debitore à voluto pagare una parte del capitale che potevasi quindi domandargli per intiero.

III. — 724. Delvincourt e Zachariae (II, p. 369) insegnano che il nostro articolo si applica tanto agli interessi moratori quanto agli interessi compensatori, e rigetta in tal modo la distinzione che a tal riguardo faceva Pothier (nº 534). Questa decisione ci sembra erronea, e contraria ad un tempo a' principi, al testo del nostro articolo, ed al pensiere manifestato dalla discussione al Consiglio di Stato.

Quando si tratta d' interessi compensatori, ossia d' interessi che mi dovete pel godimento medesimo del mio capitale, questi interessi non son altro che i prodotti, i frutti del capitale; il debito del capitale e quello degli interessi non sono allora propriamente parlando, due debiti distinti, sibbene un debito unico, avente per oggetto un principale ed i suoi accessori. Non si poteva dunque applicare a tal caso il principio che il debitore di più debiti è il padrone di pagar questo anzichè quello. Ma, quando si tratta, al contrario, di una somma che non produce interessi e per la quale non sen trovan dovuti, che come indennità del ritardo arrecato al pagamento di questa somma, allora il debito d'interessi si trova perfettamente distinto dal debito del capitale, ed avrà anzi sovente una fonte diversa, poichè provvenendo questo da un contratto, per esempio, l' altro provverrà dal danno cagionato al creditore, ossia da un quasi contratto o quasi delitto (art. 1382, 1383); sonovi dunque in tal caso due debiti che non posson confondersi, come la vostra obbligazione di darmi un cavallo non può confondersi con la vostra obbligazione di pagarmi 100 fr. d'indennità per non avermi procurato questo cavallo nel dì convenuto. Or, se in questo caso vi son veramente due debiti, si rientra dunque sotto il principio, al quale il primo caso era sottratto, che il debitore di più debiti è libero di pagar l' uno di preferenza all' altro.

Tale è d' altronde l' unico significato del testo, poichè parla soltanto *d' un debito che porta interesse o che produce annualità*. Quand' anche la espressione di *debito portante interesse* non si trovasse nitidamente spiegata con le altre parole o *producente delle annualità*, basterebbe ben da sè sola; poichè non si potrebbe chiamar debito producente interesse quello che non dà luogo ad alcun interesse da sè stesso, e pel quale questo interesse decorre, non *del debito*, ma soltanto *del danno* cagionato dalla inesecuzione di questo debito.

Infine, il nostro articolo essendo stato criticato nel Consiglio di Stato da Réal come presentante una *innovazione*, Treilhard lo difese da questa censura, dicendo che si imputavano un tempo i pagamenti parziali sul capitale, quando gli interessi *eran pronunciati pel ritardo di pagamento d' un debito che naturalmente non doveva produrne*; venivano all' opposto imputati sugli interessi *quando questi interessi eron prodotti naturalmente e legalmente dal debito*. E come Réal aveva preteso che lo articolo dovrebbe restringersi agli interessi del prezzo di *cose fruttifere*, Treilhard rispose che se le consuetudini tenevano per principio che il danaro non deve dar interessi, diversi parlamenti de' paesi di dritto scritto aveano adottato un altro sistema, e che quest' ultimo era più conforme alla legislazione attuale, la quale considera il danaro come suscettivo di produrre degli interessi (Fenet, t. XIII, p. 78, 79).

È dunque certo che non si è inteso applicare il nostro articolo che agli interessi prodotti direttamente dal debito, non a quelli che risultano soltanto dal ritardo di pagamento, e che il solo cambiamento che si sia voluto arrecare a' principi di Pothier è, che sotto il Codice potrà esservi luogo alla produzione diretta d' interessi per semplici debiti di danaro, e non più soltanto pe' debiti di un prezzo di cose fruttifere.

1255 [1207]. Quando il debitore per diversi debiti abbia accettata una quietanza

per cui il creditore abbia specificamente imputata la somma ricevuta sopra uno di questi debiti, il debitore non può chiedere più l'imputazione sopra un debito differente, purchè non siavi intervenuto dolo o sorpresa per parte del creditore.

725. Quando il debitore non fa l'imputazione, come ne à il dritto secondo lo art. 1253, può farla il creditore; e la designazione che a quest' oggetto inserisce nella sua quietanza produce tutto il suo effetto, dal momento che la quietanza è ricevuta dal debitore, purchè non vi sia stato dolo, nè tampoco sorpresa dal canto del creditore.

Che il debitore possa impedire l' imputazione fatta dal creditoro, quando prova di esservi stato dolo dal canto di costui, ciò non è che l' applicazione de' principî generali (art. 1116); ma il nostro articolo, riproducendo in ciò la dottrina di Pothier (n° 529, com. 7), va più oltre, e gli permette di impugnare ancora l' imputazione, basta che vi fosse stata semplice sorpresa, senza alcuna delle mene che costituiscono il dolo. Se, per esempio, il creditore à profittato dell' ignoranza o della semplicità del debitora per fare un' imputazione che questi non à compresa, i tribunali potranno dichiararla nulla, sebbene il creditore non abbia fatto nulla, nè nulla detto per trarre il debitore in errore.

1256 [1208]. Quando la quietanza non esprima alcuna imputazione, il pagamento deve essere imputato sul debito che a quell'epoca il debitore avesse maggiore interesse d'estinguere tra quelli che fossero parimenti scaduti: altrimenti, sul debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti.

Se i debiti sono di egual natura, l'imputazione si fa sopra il più antico, e si fa *pro rata* in parità di cose.

726. Se la designazione del debito da estinguere non è stata fatta nè dal debitore, nè, in sua mancanza, dal creditore, la legge la fa da sè secondo le tre regole seguenti:

1° Se si tratta di due debiti di cui l'uno è scaduto e l' altro no, su quello scaduto s' imputa il pagamento.

2° Se i debiti sono scaduti entrambi, l'imputazione legale si fa su quello cui il debitore aveva maggior interesse a pagare, ossia sul più oneroso, e la ragione, nel silenzio del nostro articolo, vuole che sia pur lo stesso quando non sono scaduti nè l' uno nè l' altro. Pertanto, l' imputazione si farà piuttosto su d'un debito producente lo arresto personale che su d' altri; piuttosto su quello che produce interessi che su quelli che non ne producon punto; su di' un debito ipotecario anzichè su di un debito chirografario; su quello pel quale il debitore à dato fideiussore anzichè su quello che doveva egli solo (chè egli à maggiore interesse a sdebitarsi in pari tempo verso due persone che verso una sola). Che se un debito si trova essere più oneroso di un altro sotto il tale rapporto e meno oneroso sotto il tal altro; per esempio, se il primo produca degli interessi, laddove l' altro non ne produca punto, ma da un' altra banda sia chirografario mentre che il secondo è ipotecario, si determinerà secondo le circostanze del fatto, quale de' due era in diffinitiva più molesto pel debitore.

3° Se niun debito è per sua natura più oneroso dell' altro, l' imputazione tra' debiti scaduti si fa sul più antico, ossia su quello scaduto da più lungo tempo: e si deve ammettere per analogia che, per debiti niuno de' quali sia scaduto, l' imputazione in questo medesimo caso di natura simile, si farà su quello che è il più prossimo a scadere.—È ben vero che il debitore potrebbe aver interesse a pagare piuttosto il debito meno antico, poichè il più antico è più prossimo a prescriversi; ma la legge non poteva tener conto di un interesse di tal genere, e nella mancanza di una causa onesta di preferenza, à dovuto sopporre nel debitore il pensiero di liberarsi di ciò che doveva da lungo tempo.

Se tutte le cose fossero assolutamente eguali, e non vi fosse niuna delle ragioni di sopra indicate per estinguere il tal debito anzichè il tal altro, il pagamento s'imputerebbe proporzionalmente su tutti.

§ 1.

Delle offerte di pagamento e della consegna.

727. Non può dipendere dal capriccio o dalla mala voglia d' un creditore di eternare l' obbligazione del suo debitore, ricusando di ricever l'oggetto che gli è dovuto e cui il debitore vuol rilasciargli. Doveasi dunque dichiarare, che le offerte del debitore diverrebbero per lui, sotto certe condizioni, lo equivalente d' un pagamento ed un mezzo di liberarsi.

Ciò appunto ferma il nostro paragrafo, nel quale, sventuratamente il manco di metodo e la confusione di redazione impediscon di penetrare facilmente il pensiere de' redattori,

Il rifiuto del creditore di ricever l'oggetto che gli si deve e che vuolsi consegnargli, può presentarsi in tre casi diversi: 1° per una somma di danaro; 2° per un corpo certo, ossia una cosa determinata individualmente, come il tal cavallo, la tal botte di vino, ecc.; 3° per cose non determinate individualmente ed indicate soltanto dalla loro specie, come un cavallo, una botte di vino. Or il Codice, in luogo di distinguere nitidamente queste tre ipotesi, si gitta in una confusione di regole mal congegnate contraddittorie, ed il cui ravvicinamento forma, per così dire, un labirinto inestricabile. Pone in prima, nello art. 1257, un principio che dichiara formalmente applicabile a tutt' i casi, e la cui conseguenza prova al contrario non applicarsi che a' debiti di danaro; e dopo di aver esposto altre regole, parecchie delle quali potrebbero pur sembrare fatte po' tre casi, mentrechè non possono egualmente applicarsi che al primo, stabilisce, con lo art. 1264 ed ultimo, una regola speciale al caso d' un corpo certo, ed incompleta anzi per questo caso; indi termina quivi il suo paragrafo, senza dire un sol motto del caso di cose determinate, diverse dalle somme di danaro. — Si vedrà bentosto che questo erroneo metodo del Codice à esercitato una increscevole influenza sugli scritti de' suoi interpreti, presso la più parte de' quali si rinvengon le stesse contraddizioni che nella legge.

Per evitare questa confusione e dar più chiarezza alla materia, parleremo successivamente o separatamente, 1° de' debiti di somme di denaro; 2° di quelli di corpi certi; 3° di quelli aventi per oggetto delle cose indeterminate diverse dal danaro.

1. De' debiti di somme di danaro.

1257 [1209]. Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può farne ad esso l'offerta reale, ed in caso di rifiuto di accettarla per parte del creditore, può depositare la somma o la cosa offerta.

Le offerte reali susseguite da un deposito liberano il debitore. Esse a suo riguardo tengono luogo di pagamento, quando sono fatte validamente, e la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore.

SOMMARIO

I. Questa regola, malgrado la sua redazione contraria, non si applica che a' debiti di danaro — Osservazioni sulle spiegazioni de' diversi autori.
II. La liberazione e le sue conseguenze non an luogo che a contare dalla consegna e non rimontan punto al dì delle offerte. Errore di Toullier.

I. — 728. Se si tenesse dietro al testo di questo articolo, converrebbe dire che esso ferma un principio generale, applicabile non solo a' debiti di danaro, ma eziandio a quelli di ogni altra cosa; chè presenta una disposizione semplice, assoluta, in cui nulla indica una restrizione alla tal classe di debiti, e termina d' altronde il suo primo comma parlando di consegnar la *somma o la cosa*. Risulterebbe dunque da questo testo che, nei debiti di cose come ne' debiti di danaro, il debitore può giungere alla sua liberazione, quando il creditore ricusa di ricevere, con le offerte reali e la consegna dell' oggetto dovuto.

Or la non è così, e la necessità delle offerte reali e della consegna non esiste che pei debiti di danaro. È una proposizione che può stabilirsi e con la ragione medesima e col ravvicinamento del nostro articolo con gli articoli seguenti, e massime con la disposizione dello art. 1264.

Ed innanzi tratto la ragione non dice forse abbastanza, che il legislatore non à potuto intendere di esigere le offerte reali pei debiti di cose?...

Vedremo (art. 1258-6°) che le offerte, in mancanza di convenzione sul luogo del pagamento, debbon farsi alla persona o al domicilio del creditore. Or, come vorrebbesi che un debitore, per far la sua offerta, facesse trasportare a 100 o 200 leghe, fino al domicilio del creditore, che può ben non essere il luogo del pagamento, una massa di derrate, per esempio, le cento botti di vino che deve consegnare? una tal regola si comprenderebbe per le cose di un facile trasporto; ma è evidente che non si è potuto aver l' idea di stabilirla per ogni cosa indistintamente. Laonde vedremo ch' essa non esiste che pel danaro; e che per ogni altra cosa, un' offerta verbale, una intimazione di venire a prendere al luogo voluto, un' offerta non reale infine, ossia non accompagnata dalla presentazione effettiva dell' oggetto dovuto, è sufficiente.

Il nostro articolo in fatti si liga intimamente coi seguenti, i quali non sono che lo sviluppo del suo pensiero. La legge, dopo di aver detto nel nostro articolo 1257 che, per operare la liberazione, fan d' uopo delle offerte reali seguite da consegna, spiega immediatamente nello art. 1257 le condizioni di queste offerte reali, e nello art. 1259 le condizioni della consegna. Ora lo art. 1258 dice che le offerte debbono essere della totalità *della somma* e delle *annualità* o *interessi*: poi lo art. 1259 vuole che la conse-

gna sia fatta nel *deposito* dalla legge indicato *per le consegne* (non vi è stato mai deposito dalla legge indicato che per le somme di danaro) , che sia fatta *con gl' interessi* fino al dì del deposito , e che vi sia stato processo verbale *delle specie* offerte. È dunque ben vero che non si tratta che di danaro.

Lo art. 1264 viene a completare questa dimostrazione. Siffatto articolo dice in effetti , che quando si tratta d' un corpo certo e che questo corpo si trova precisamente al luogo ove dev' esser consegnato , il debitore non à null' altro a fare che indirigere al creditore un' intimazione di tor via l' oggetto , ed aggiunge che il deposito della cosa in un luogo da farsi indicare dal giudice non è necessario , ma soltanto facoltativo pel debitore cui fosse molesta la presenza di questa cosa. Ma se la è così quando il corpo certo si trova già al luogo ovo doveva farsene la consegna , è chiaro che , quando non vi sarà , il debitore non avrà che a farvelo trasportare per porsi nel caso preveduto da questo articolo. Infine, non è men chiaro che, quando si tratterà d' una cosa indeterminata , il debitore , lasciando e trasportando al luogo voluto per la consegna quella che intende dare, e facendo al creditore intimazione di venire a prendere questa cosa , ne farà così la determinazione individuale, trasformerà il suo debito in un debito di corpo certo , e si porrà ancora nel caso regolato da questo art. 1264. Adunque risulta da questo art. 1264 , sia direttamente , sia per argomento , che le offerte reali e la consegna non son mai necessarie pei debiti di cose , sia determinate , sia indeterminate , e che il nostro articolo non si applica che a debiti di danaro.

729. Pertanto è mestieri , nel nostro comma 1°, cancellare le espressioni finali *o la cosa* , e dopo queste prime parole « quando il creditore » aggiungere le altre , *d' una somma di danaro*.

Deve arrecar dunque meraviglia vedere i diversi autori riprodurre e sviluppare, senza critica nè osservazione , quest' alternativa del testo : *la somma* o *la cosa* (1). Dopo di avere così ammesso che le offerte reali e la consegna son necessarie per le cose come pel danaro , fa molto più meraviglia vederli domandare, che queste offerte sieno della totalità *della somma* senza aggiungere *o della cosa*, e che la consegna sia fatta nel deposito *dalla legge indicato*; tutto che la legge , come si è detto , non indichi il deposito che pel danaro (2). Infine , ciò che arreca maggiore stupore è che, dopo aver ammesso che il nostro articolo è ben redatto, e si applica per tal modo a' debiti di cose come ai debiti di danaro, la piupparte finiscon col dire esser la regola affatto diversa dello art. 1621 quella che devesi applicare ed ai corpi certi ed anche alle cose indeterminate , il che sopprime la necessità delle offerte reali e della consegna per tutte le cose diverse dal denaro (3).

Si vede che abbiamo avuto ragion di dire ritrovarsi presso la piupparte degli autori la stessa contraddizione , o se vuoi , lo stesso manco di metodo che nel Codice medesimo.

II. — 730. La consegna della somma dovuta , quando è stata preceduta da offerte valide ed è regolarmente fatta , tien luogo di pagamento pel debitore. Essa libera dunque questo debitore , e quindi fa cessare il corso degl' interessi, se il debito ne producesse, pone la somma a rischio del creditore ed impedisce o fa cessare la mora del debitore.

Non assolutamente , sibbene relativamente al debitore equivale la consegna a pagamento ed estingue il debito. In quanto al creditore, è vero dire che rimane ancora creditore , che non è pagato ; soltanto il suo credito esiste allora, non più contro il debitore, ma contro la cassa delle consegne, la sola che è oramai obbligata rispetto a lui.

731. Noi diciamo che la consegna opera questi effetti , e non le offerte. Non bisognerebbe in fatti, come à fatto Toullier (n.i 220-231), intendere le parole « le offerte reali seguite dalla consegna liberano il debitore » nel senso che le offerte medesime producano questo effetto, sotto la condizione di esser seguite dalla consegna, in guisa che compiendosi la consegna, lo effetto rimonterebbe al dì delle offerte. Queste parole significano semplicemente che le offerte e la consegna riunite ad esse producono la liberazione , in modo che questa liberazione e le sue conseguenze non si effettuano che dopo lo adempimento e delle offerte e della consegna , senza che nulla permetta di attribuire a questa consegna un effetto retroattivo. La fine del nostro articolo, indi e soprattutto lo art. 1259, ed infine lo art. 816 C. proc. medesimo , che Toullier invoca in appoggio della sua opinione, provano che così è.

In effetti , secondo il nostro articolo , soltanto la cosa *consegnata* è a rischio del creditore. — Secondo lo art. 1259-2°, il debitore deve consegnar la somma *cogli interessi fino*

(1) Toullier (VII-187 e 188), Delvincourt , Duranton (XII-201) , Demante (II-144), Zachariae (II , p. 381).

(2) Toullier (n.° 191) , Duranton (n. 205 e 219-2°) Delvincourt , Demante (n.° 716).

(3) Toullier (n.° 210) , Duranton (n. 220 , 221), Zachariae (384-2°, 3° e 4°).

al dì medesimo della consegna ; or, è ben chiaro che sarebbe diversamente se, col mezzo della consegna, il corso de' suoi interessi si trovasse arrestato a partir dalle offerte. — Infine, lo art. 816 C. pr. dice che ogni sentenza dichiarante valide delle offerte dovrà, se la consegna non à avuto ancor luogo, ordinare che sia fatta, e pronunciare la cessazione degl'interessi *dal dì della effettuazione*; or si vede bene che questa effettuazione è quella della consegna, di cui lo articolo à testè parlato e di cui si occupa principalmente, e non quella delle offerte di cui lo articolo non parla che per incidenza. E la pruova che il Codice di procedura non à inteso, come pretende Toullier, derogare allo art. 1259 C. civ., ma al contrario conformarvisi, è in prima che il suo art. 814 à cura di dire, che il debitore che ha fatto le offerte deve, per liberarsi, consegnare *osservando le regole dello art.* 1259 *del Cod. civ.*; si è ancora che il Tarrible, nel suo rapporto sullo art. 816, spiegò nitidamente che si trattava della *effettuazione* DEL DEPOSITO.

Questo sistema del Codice non à, del resto, nulla di strano; poichè era, come riconosce Toullier, quello della nostra antica giurisprudenza; e se si fosse voluto mutarlo, sarebbe stato uopo fermare una regola che non si è punto fermata, ossia fissare un termine nel quale la consegna avrebbe dovuto seguire le offerte, e passato il quale, questa consegna non avrebbe avuto più effetto retroattivo. Si comprende in fatto che non si potrebbe permettere ad un debitore di non far la sua consegna che sei mesi, un anno infine, dopo il tal termine che egli vorrà, a contar dalle sue offerte, se lo effetto di questa consegna (ossia la sua liberazione, la cessazione degl'interessi, ec...) dovesse rimontare al dì stesso di queste offerte, sarebbe contro l' equità che il debitore cessasse di dovere degli interessi continuando a godere fin che vorrà del capitale; e la mancanza di ogni fissazione di termine per effettuire la consegna prova abbastanza da sè sola che la liberazione e le sue conseguenze non datano che dalla consegna medesima. Al debitore adunque si spetta di far consegnare la somma immediatamente dopo le offerte reali.

732. Del resto, benchè la liberazione del debitore venga prodotta dalla consegna fatta giusta le regole e co' preliminari che c' indicheranno i due articoli seguenti, questa liberazione tuttavia non è ancora se non condizionale; e solo diventa diffinitiva coll' accettazione che fa di tal consegna il creditore, o con una sentenza passata in giudicato che dichiari valida essa consegna. Ciò appunto si vedrà dagli articoli 1261 e 1262.

Vediamo ora quali condizioni son necessarie, 1° per la validità delle offerte che devono precedere la consegna (art. 1258) e 2° per la validità della consegna stessa (art. 1259).

1258 [1210]. **Affinchè le offerte reali sieno valide, è necessario:**

1. che siano fatte al creditore capace di esigere, o a quello che ha facoltà di ricevere per il medesimo;

2. Che siano fatte da persone capaci di pagare;

3. Che siano fatte di tutta la somma esigibile, dei frutti od interessi dovuti, delle spese liquide, e d' una somma per le spese non liquidate, colla riserva di qualunque supplimento.

4. Che il termine sia scaduto, nel caso stipulato a favore del creditore;

5. Che siasi verificata la condizione sotto la quale fu contratto il debito;

6. Che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto per il pagamento, e non essendovi convenzione speciale per il luogo del pagamento, sia fatta alla persona del creditore o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto;

7. Che l' offerta sia fatta per mezzo di un ufficiale pubblico autorizzato a questa sorta di atti.

733. Sette condizioni richiede questo articolo; ed un' ottava ne aggiungono gli articoli 812 e 813 C. proc.

Le prime cinque non presentano difficoltà di sorta, essendo l' applicazione dei principî generali anteriormente fermati. Epperò queste cinque condizioni son necessarie, non solo al momento delle offerte reali, ma altresì per le offerte amichevoli che àn dovuto preceder quelle, a' termini dell' art. 1257. E si è aperto che, se le offerte amichevoli fossero state fatte a un creditore o da un debitore incapace, o prima dello avverarsi della condizione o innanzi la scadenza d' un termine messo a prò del creditore, o infine se fossero state d' una somma minore di ciò ch' era dovuto, il creditore sarebbe stato nel dritto di rifiutar queste offerte amichevoli; e, comunque le offerte reali fossero poi fatte regolarmente, il creditore che le accettasse non ne pagherebbe punto le spese, come si vedrà sotto l' articolo 1260.

Si è domandato che s' avrebbe a decidere se la somma offerta, anzichè esser minore dell' ammontare di tutto ciò che era dovuto,

fosse al contrario eccessiva... Egli è evidente che in tesi generale quando il rifiuto del creditore sarà stato fatto senza veruna splegazione nè circostanza particolare, le offerte non potranno esser dichiarate nulle, sol perchè eccedano la somma dovuta, allorchè sarebbe bastata una semplice osservazione del creditore perchè lo fossero incontanente ridotte alla cifra esatta del debito con la sottrazione d'alquante monete. Ma se, fatta l'offerta eccessiva in carta-moneta, o in oro, o infine in modo che il creditore, per non prendere al di là del suo debito, avrebbe dovuto restituir *de suo*, questi avesse dichiarato di non poter restituire nè voler però accettare oltre il dovutogli per non sottomettersi a una ripetizione, il rifiuto del debitore di presentare esattamente la somma dovuta, malgrado la giusta osservazione del creditore equivarrebbe a un ritirar le offerte, e quindi vi sarebbe nullità.

734. Dalla sesta condizione, si scorge che la determinazione del luogo non è quì sottomessa alle medesime regole che nel caso di pagamento. In difetto di convenzione speciale, il luogo del pagamento è quello del domicilio del debitore (art. 1217); le offerte, al contrario, dovranno nella stessa congiuntura esser fatte al domicilio reale o convenzionale del creditore, tranne si facciano a lui personalmente.

La settima condizione à fatto nascere una controversia sul punto di sapere, se il verbale d'offerta (come anche quello della consegna) non possa farsi che da un usciere, o se lo possa egualmente fare un notaio. Delvinc. (note), Pigeau (*Proc.*, II), Carré (III, n.° 2783) àn professata la capacità esclusiva dell'usciere, e sembra esser tale eziandio l'opinione del Duranton (n.° 219 *ult. com.*): ma è un errore: il verbale d'offerta non contenendo citazione, e nulla avendo di giudiziario, può evidentemente essere steso da qualunque uffiziale incaricato di dare l'autenticità agli atti che i cittadini voglion rivestire di tal carattere, e pertanto da un notaio così come da un usciere. Gli è ormai un punto riconosciuto generalmente (1).

L'ottava ed ultima condizione richiesta è che il verbale indichi il numero e la qualità delle monete offerte, che menzioni la risposta del creditore, e dica se à firmato, o ricusato o dichiarato di non poter firmare (C. pr. art. 812, 813).

1259 [1212]. Non è necessario, per la validità del deposito, che venga autorizzato dal giudice, ma basterà:

1. Che sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, e contenente l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui la cosa offerta sarà depositata;

2. Che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola, unitamente agl'interessi decorsi sino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere queste consegne;

3. Che siasi disteso dall'ufficiale pubblico un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto di accettare fatto dal creditore o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4. Che nel caso che il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale di deposito con l'intimazione di ritirare la cosa depositata.

SOMMARIO.

I. Svolgimento sulle quattro parti dell'articolo.
II. Confutazione d'un errore dello Zachariae.

I. — 735. Per la validità della consegna, si richiede: 1° che sia preceduta da un'intimazione fatta al creditore di trovarsi il tal giorno, alla tal'ora, nel tal luogo, per riceverví, ove muti consiglio, le monete che dapprima à ricusate, o per vederne operare la consegna: la quale intimazione può benissimo essere fatta nello stesso tempo col verbale delle offerte; 2° che il debitore, se il creditore non sia comparso nel luogo e nell'ora indicati, o se abbia di nuovo rifiutato, si sia spossessato della somma offerta, rimettendola nel deposito indicato dalla legge, cogl'interessi fino al momento del deposito, e poichè bisogna consegnare la somma *offerta* e giusta l'articolo precedente è stato d'uopo *offrire*, insieme al capitale o agl'interessi, l'ammontar delle spese liquidate e una somma per le non liquidate, è dunque chiaro che pur queste spese dee comprendere la consegna; 3° che sia steso un processo verbale, non dal preposto alla cassa delle consegne, chè sarebbe nullo, poichè la legge non gliene dà punto qualità (Nimes, 22 agosto 1809), ma dall'uffiziale il quale à steso il verbale d'offerta o da altro che abbia come lui qualità a ciò, ossia da un notaio o da un usciere; che questo verbale riferml, come aveva già fatto il verbale

(1) Delaporte, art. 1258; Toullier, n. 199 e 201; Dalloz, v° *Obblig.* n° 17; Favard, v° *Offerte*; Zachariae, t. II; R. de Villargues, v° *Consegna*; Lione 14 m. 1827; Agen 10 mag. 1830; Bord. 30 gg. 36 (Dev. 37, 2, 79 e 125).

d'offerta, la natura delle monete, onde sia stabilito che la consegna à ben per obbietto quello ch'era stato obbietto dell'offerta; che menzioni la non comparsa del creditore o il suo nuovo rifiuto di ricevere, indi il deposito che n'è stato la consegnenza; — 4° infine, e, ben inteso, nel caso soltanto in cui il creditore non sia comparso alla consegna, che gli sia notificata una copia del verbale con intimazione di venir a ritirare la somma.

Giusta la legge del 28 apr. 1816 e le ordinanze de' 22 mag. e 3 lug. detto anno, i depositi di cui parla il nostro articolo debbono farsi in una cassa creata sotto il nome di cassa delle consegne (1), i preposti della quale sono a Parigi un cassiere speciale; nei luoghi di dipartimento i ricevitori generali; e nei capiluoghi di distretti i ricevitori.

II. — 736. Lo Zachariae à commesso nella spiegazione di questo articolo un errore cui basta a confutare la sola lettura del testo. Egli insegna che la non-comparsa del creditore o il suo rifiuto di ricevere, di cui il nostro articolo esige la menzione nel verbale di consegna, debbano intendersi del primo rifiuto che il creditore à fatto sulla offerta e del caso in cui egli fosse stato assente di casa sua quando fu fatta l'offerta.

L'errore è palpabile; giacchè posto pure che potesse chiamarsi *non-comparsa* la mia assenza da un luogo ove io non era punto chiamato, non sarebbe meno evidente, dal complesso dell'articolo, trattarsi quì nel n.° 3.° del non presentarsi del creditore *alla consegna* alla quale gli era intimato di trovarsi a norma del n.° 1.°, e perchè pel caso di questa non-comparsa esige il n.° 4.° una notificazione di verbale, che sarebbe di fermo inutile se il creditore avesse assistito al deposito. Or s'egli è evidente che la non-comparsa del n.° 3.° è pur quella del 4.°, ossia l'assenza del creditore nell'atto della consegna a cui era chiamato, non è men chiaro che, quando la legge nel n.° 3.° presenta alternativamente, e come due ipotesi delle quali una sola può avverarsi e debb'esser menzionata, questa non-comparsa del creditore *ovvero* il suo rifiuto di ricevere, si tratta nell'una di queste ipotesi del rifiuto ch'egli fa comparendo alla consegna, come nell'altra si tratta della sua non-comparsa a questa medesima consegna.

Questo senso del nostro articolo è sì evidente, sembrava talmente impossibile di prendervi abbaglio, che i più degli autori non àn giudicato utile di spiegarlo; ma pur due ce ne à, i quali precisano meglio la loro idea, ed entrambi, come ben si pensa, contraddicono alla strana proposizione dello Zachariae. Il Toullier (n.° 210) dice che « siccome il creditore, à *fino all'ultimo momento* il dritto d'impedire la consegna *ricevendo*, bisogna rifermare o il rifiuto di lui *se è presente alla consegna*, o la sua assenza, *se non v'è* ». Il Demante, senza esser così esplicito, dice pure abbastanza per far comprendere, che si tratta d'un rifiuto o d'un'assenza contemporanea *della consegna* e non già contemporanea *dell'offerta*, poichè dice che il n.° 3.° si riduce a esigere un verbale particolareggiato *della consegna e delle circostanze nelle quali à luogo* ». (II, n.° 716).

1260. [1213]. Le spese per l'offerta reale e per il deposito, qualora siano validi, sono a carico del creditore.

SOMMARIO.

I. Il creditore sopporta le spese quando à lasciato far l'offerta e la consegna, e altresì quando non accetta che al momento della consegna, dopo ricusata l'offerta.
II. *Quid* quando riceve sin dalle prime offerte? Dissenso di Delvincourt, Pigeau, Favard e Zachariae con Toullier e Duranton. Soluzione.

I. — 737. Quando il creditore à ricusato di ricevere nell'atto dell'offerta reale, ed à di nuovo ricusato e non si è presentato alla consegna, è giusto, se l'offerta e la consegna son riconosciute ben fondate e fatte regolarmente, ch'egli ne sopporti le spese, poichè per sua colpa ànno avuto luogo.

Se, dopo ricusato nell'atto dell'offerta reale, egli consentisse a ricevere al momento della consegna, e così la impedisse, dovrebbe tuttavia sopportare le spese dell'offerta, nonchè quelle dell'accesso dell'uffiziale ministeriale e del trasporto del danaro fino alla cassa delle consegne, stantechè la sua tardiva accettazione sarebbe la confessione del suo torto e proverebbe che da sua colpa provengono le spese fin allora fatte.

II. — 738. Ma che si deciderebbe s'egli ricevesse in effetti al momento stesso delle offerte e al primo invito di ricevere? Delvincourt, Favard, Pigeau e Zachariae insegnano che, anche in questo caso, le spese delle offerte saranno a carico del creditore, in generale e salvo circostanze particolari che provino che il debitore non à fatto queste offerte che per malizia e senza che il creditore abbia mai avuto l'intenzione di rifiutare. Al contrario Toullier (VI-219) e Duranton (XII-224) decidono che per principio queste spese cederanno a carico del debitore, e ricadranno sul creditore soltanto, se de' fatti particolari provino che questi avea dapprima ricusato il

(1) Presso di noi la *Cassa di Ammortizzazione* è anche cassa di consegna. *Il Trad.*

suo pagamento e così resa necessaria l'offerta reale.

Noi crediamo esservi qui un malinteso, e che si sarebbe facilmente venuti d'accordo, se ambe le parti si fossero meglio spiegate ed avessero interrogato con maggior cura i testi della legge. Senza fallo, tosto che le offerte sono stato fatto validamente, dee subirne le spese il creditore. Poichè, giusta il nostro articolo, il creditore dee pagare e l'offerta e la consegna, se il debitore à fatto validamente e quella e questa, è ben chiaro che la sola offerta dee pagare, quando la sola offerta à il debitore fatta validamente; la regola relativa all'offerta trovasi necessariamente compresa in quella scritta per l'offerta e per la consegna. Ora, perchè sia così, è d'uopo che l'offerta sia stata fatta validamente; e pertanto non bastano le diverse condizioni indicate dall'art. 1258, fa mestieri ancora ed anzi tutto, che l'offerta sia stata resa necessaria da un rifiuto di ricevere da parte del creditore; la è una prima condizione richiesta dalla legge come dalla ragione: l'art. 1257 comincia col dichiarare che, se un debitore può far un'offerta reale, lo può soltanto *allorchè il creditore ricusa di ricevere il pagamento*. Or se il rifiuto primitivo del creditore si presume naturalmente e necessariamente, quando il creditore, di rifiuto in rifiuto, è giunto fino a lasciar consegnare, o anche quando non à accettato che al momento della consegna dopo ricusata l'offerta reale, è chiaro che non può esser lo stesso e che nulla fa più presumere questo rifiuto anteriore all'offerta reale, quando il creditore à questa accettata immediatamente.

Vuolsi dir dunque (non secondo l'art. 1248 invocato dal Toullier e che non à nulla a che far quì, ma secondo l'art. 1257) che la soluzione dipende da questa quistion di fatto: v'era stato o no, prima dell'offerta reale, rifiuto del creditore di ricevere un pagamento amichevole? Nel dubbio su tal punto, spetta al debitore far prova del rifiuto, poichè egli l'invoca e fassene un'arma, *incubit probatio ei qui dicit*. Il debitore dee dunque stabilire, sia con la confessione del creditore, sia con testimoni, sia altrimenti, ch'ei non à fatto offerta reale, se non dopo che il creditore avea ricusato di venir a prender la somma da lui o in altro luogo qualunque ove era pagabile; o se lo era presso lo stesso creditore che dopo presentatosi inutilmente una prima volta per fare un pagamento amichevole.

739. Basta quest'ultima osservazione per far comprendere a qual punto il Toullier siasi ingannato sulla quistione; e quanto sia falso il motivo ch'egli allega della sua decisione, la quale pur ci sembra giusta in sè. « Se il creditore accetta l'offerta, dic'egli, non ci à dubbio che le spese sono a carico del debitore, se questi era obbligato di pagare *al domicilio del creditore*. Al debitore incombe di pagare *il mandatario ch'egli spedisce in vece sua a recare il danaro*. Senzachè le spese del *pagamento* sono a carico del debitore giusta l'art. 1248. È questa la regola generale. » Come si vede, il Toullier non istà tampoco sul terreno della quistione, e confonde stranamente le spese del pagamento con le spese dell'offerta reale. Indubitatamente, se il debitore obbligato d'andar a pagare presso il creditore, manda il suo danaro per un usciere invece di portarlo egli stesso, dee pagar la gita dell'usciere come avrebbe pagato la sua propria. Ma non istà qui altrimenti la quistione; e, quando non si comprendono meglio che quì si faccia il Toullier gli autori che si combattono, è impossibile intendersi... Il Toullier suppone un debitore che, sin dal principio e per la prima volta, invia un usciere in sua vece; suppone constare, esser notorio e riconosciuto dallo stesso debitore, e che niun'offerta amichevole si è fatta e che questo debitore, obbligato d'andar a pagare al domicilio del creditore, abbia cominciato dall'invio dell'usciere. Or la quistione era di sapere se delle offerte reali, quando sono accettate, debbano o no *far presumere* che sieno state *precedute* da *offerte amichevoli* ricusate! Come disputaro sul punto di sapere se le offerte reali debbano *far presumere* altre offerte *anteriori*, quando si suppone constare che da esso offerte reali *si son prese le mosse*?

Un'idea non meno strana, anzi più strana, trovasi nel numero che à scritto il Duranton sulla medesima quistione. Ecco il ragionamento che egli presta al Pigeau: « Quando il creditore accetta l'offerta fattagli dall'usciere, àvvi luogo a presumere che questo creditore *avea dapprima domandato il suo pagamento* in linea amichevole, e che *il debitore*, per impotenza o *mal talento*, glielo avea *rifiutato, deve il creditore dunque sopportar le spese*. » Al Duranton sembra questo un ottimo argomento! Vero è ch'ei non adotta punto la conchiusione; ma unicamente perchè la maggiore non gli pare esatta, non essendo altrimenti scritta nella legge la presunzione di cui trattasi; e non nega egli punto che, se la presunzione esistesse, la conseguenza sarebbe giusta!

Sicchè, qualora per poco si ammettesse che il creditore *à domandato* il pagamento, e il debitore gliel *à ricusato*, anche per mal talento, converrebbe far sopportare le spese, non da esso debitore, il quale è in colpa, ma

dal creditore, che non à nulla da rimproverarsi! — Beninteso, l' incredibile ragionamento che il Duranton attribuisce al Pigeau non si trova punto nè poco nel Pigeau : al contrario, vi si legge (*Proc. civ.* lib. III, v° *Offerta*, § II, n.° 3) che, se il creditore deve (nell' opinione del Pigeau) sopportare le spese, gli è perchè non si presume che il debitore faccia far l' offerta da un usciere *prima di averla fatto egli amichevolmente* ». Proprio il rovescio dell' argomento recato in mezzo dal Duranton !

740. Laonde, per metter le spese dell' offerta reale a carico del creditore che l' accetta, fa d' uopo vi sia stata prima offerta amichevole ; e, beninteso, è d' uopo ancora che quest' offerta amichevole sia stata fatta regolarmente. Se, allorchè il debitore a provato ch' egli avea prima fatta un' offerta amichevole, il creditore provi dal canto suo che tale offerta era irregolare (per es. ch' era fatta prima d' avverarsi una condizione che s' è avverata dipoi, e quindi prima che il debito esistesse), è chiaro che l' offerta reale è allora la prima offerta valida ; che nulla v' è da rimproverare al creditore che l' accetta, e che le spese cadono a carico del debitore, il quale non dovea fare l' offerta reale se non dopo aver fatta un' offerta amichevole *valida*.

1261. [1214]. Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo ; e quando lo ritiri, i suoi condebitori o fideiussori non restano liberati.

1262. [1215]. Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuto una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarate buone e valide le sue offerte e il deposito, non gli è più lecito, nemmeno col consenso del creditore, di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o fidejussori.

1263. [1216]. Il creditore il quale ha acconsentito che il debitore ritirasse il suo deposito, dopo che esso fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più pel pagamento del proprio credito valersi dei privilegi e delle ipoteche che vi erano annessi ; egli non ha più ipoteca se non dal giorno in cui l' atto col quale acconsentì che fosse ritirato il deposito, sarà stato rivestito delle forme prescritte a produrre un' ipoteca.

741. Avevam fatto già notare che l' estinzione del debito per effetto della consegna validamente operata non è che condizionale, e solo divien diffinitiva mercè il contratto che formasi tra il creditore e il debitore con un' accettazione del primo, o il quasi contratto giudiziario risultante da una sentenza che dichiari la validità della consegna. Beninteso, è mestieri che questa sentenza sia passata in giudicato, cioè non sia suscettiva d' esser riformata e sostituita con una sentenza contraria, come sarebbe una contumaciale, che potrebbe cadere in grado d' opposizione, o una sentenza di prima istanza, che potrebbe essere messa nel nulla in grado d' appello.

Sicchè la estinzione del debito non divien perfetta che col contratto o col quasi-contratto che conferma la consegna, e fin allora è solo condizionale : i nostri tre articoli fermano questo principio o ne deducono le conseguenze.

Finchè non àvvi nè accettazione nè cosa giudicata, il debitore può ritirare il suo deposito e così rendere non avvenuta la consegna, la quale non è punto opera sua. Ritirandolo egli, la consegna che aveva estinto il debito provvisoriamente e condizionalmente si trova annullata, quindi il debito è sempre esistito ; in conseguenza i condebitori, le fideiussioni, ipoteche ed altri accessorî che lo garentivano sussistono tuttavia e continuano a garentirlo. All' opposto, qualora ci abbia accettazione o cosa giudicata, il debito è estinto diffinitivamente ; quindi il debitore non potrebbe più riprender la somma senza il consenso del creditore, e il retratto siffattamente operato non farebbe nascere che un credito novello: le garenzie che proteggeano l' antico credito più dunque non esistono, e soltanto si potrebbero farne nascere delle nuove co' mezzi ordinari.

2. De' debiti di corpi certi.

1264. [1217]. Se ciò che è dovuto è un determinato corpo il quale debba essere consegnato nel luogo in cui si trova, il debitore deve far ingiungere al creditore di eseguire il trasporto, con atto notificato alla sua persona o al suo domicilio, o al domicilio eletto per l' esecuzione della convenzione. Fatta questa intimazione, se il creditore non rilevi la cosa ed il debitore abbisogni del luogo in cui è collocata, questi potrà ottenere la permissione di depositarla giudizialmente in qualche altro luogo.

SOMMARIO.

1. Distinzione tra il caso in cui il corpo certo deb-b' esser consegnato nel luogo ove si trova o in qualunque altro che non sia il domicilio del

creditore, e il caso in cui il debitore, per eccezione, è tenuto di portarlo al detto domicilio.
II. Procedimento da tenere in ciascun dei due casi.

I. — 742. Quando si tratta di cose che non sieno danaro, non è più necessario seguir le regole suindicate. E di fermo, non si poteva esigere che il debitore togliesse, forse dal luogo medesimo ove debbono esser consegnate, 50 o 60 botti di vino o cento balle di cotone o una massa enorme di legname ec. per andarne a fare la presentazione effettiva al domicilio del creditore. Una semplice intimazione fatta a questo creditore di venirsi a prender le cose dovute al luogo ove debbono esser consegnate, dovea bastare allora per tener luogo della offerta reale e della consegna richieste pe' debiti di danaro.

Il nostro articolo applica espressamente questa regola al caso di un corpo certo che si trovi attualmente nel luogo ove dee farsi la consegna, ed è ben chiaro non potersi, pel caso in cui il corpo certo si trovasse in un altro luogo, abbandonar questa regola per ritornare a quella degli articoli precedenti, postochè non dipenderà mai se non dal debitore d'aver la cura, prima di far la sua intimazione, di trasportare il corpo certo al luogo ove dee consegnarsi, e così di porsi nel caso letteralmente preveduto dal nostro articolo. Sicchè la regola s'applica necessariamente a tutt' i casi in cui il corpo certo dee consegnarsi altrove che al domicilio del creditore, sotto la sola condizione pel debitore di trasportar l'oggetto al luogo della consegna, quando già non vi stia. Se dunque il nostro articolo, come del resto faceva lo stesso Pothier (n.° 542), restringe la sua disposizione al caso d'un corpo certo che debb' esser consegnato nel luogo ove trovasi, non è mica per opposizione al caso d'un corpo certo che dovesse consegnarsi e che il creditore dovesse venir a prendere in un luogo diverso da quello ove si trova attualmente l'oggetto (giacchè, ripetiamolo, sarebbe troppo facile al debitore di sottrarsi alla regola diversa che si fosse voluta fermare per questo caso siffatto, e di farlo rientrare nel primo); ma è sibbene per opposizione al caso in cui il debitore fosse obbligato di andar egli stesso a portar il corpo certo presso il suo creditore. In quest'ultima ipotesi, difatti, si segue necessariamente una diversa via; non potendo il debitore intimare al suo creditore che venga a prendersi nel tale o tal luogo l'oggetto che egli stesso è in obbligo di portargli.

Laonde due casi son quì da distinguere: o il corpo certo dev' esser preso dal creditore appo il debitore o altrove; ovvero debb' essere da quest'ultimo consegnato nel domicilio del primo.

II. — 743. Nel primo caso s'applica il nostro articolo. Il debitore intima al creditore di venire a toglier l'oggetto dal luogo ove debb'esser consegnato; e questa semplice intimazione produce per sè sola l'effetto che producono nei debiti di sommo di danaro l'offerta reale e la consegna; di guisa che il debitore, senza far null' altro, si trova liberato immediatamente, sotto la condizione che la sua intimazione sarà poi riconosciuta come fatta debitamente e regolarmente, sia con un' accettazione del creditore sia con una sentenza. Diciamo che, prima dell' accettazione o della sentenza, il debitore non à da fare altro che l'intimazione, e di fermo si vede dal testo medesimo dell'articolo che, se il debitore fa seguire a questa intimazione una consegna (di cui deve allora far designare il luogo dal magistrato), gli è perchè così gli talenti e perchè gli sia d'uopo sgomberare il luogo ove la cosa è posta. Del rimanente, non accade dire che per analogia di ciò che à luogo pe' debiti di danaro, le spese dell'intimazione e quelle della consegna, se ve ne à, saranno a carico del creditore, purchè sia stabilito che questa intimazione è stata fatta sol dopo il rifiuto del creditore d'andarsi a prendere l'oggetto.

744. Nel caso in cui il debitore dovea portar la cosa al domicilio del creditore, e questi, al momento che il debitore viene a consegnargliela, ricusa di riceverla, il debitore deve, procurandosi una prova di cotale rifiuto, trasportar la cosa in qualche casa dello stesso luogo atta a riceverla e dove sia chi voglia assumerne la custodia, e quivi lasciarla in deposito, intimando al creditore di venirvela a prendere. — Dopo questo deposito e questa intimazione, sarebbe il debitore tenuto a far designare con una sentenza un luogo di consegna; e questa consegna, la quale non è che facoltativa nel caso precedente, sarebbe mai obbligatoria in questo? Noi crediamo di no; e, sebbene il debitore agirebbe più prudentemente facendolo, non avvisiamo che sia obbligato altrimenti a farlo. Ben è vero che, nel caso precedente, l'oggetto, in mancanza d'una consegna ordinata dal giudice, si trovava restar in deposito nello stesso luogo ove doveva esser consegnato; ma se quì non è la stessa cosa, è precisamente per la colpa del creditore, posciachè il suo domicilio era il luogo della consegna e al suo domicilio inutilmente si è venuto a offrirglielo; ora il creditore non può mica volgere in arma la sua propria colpa. Noi dunque siam di credere che, in questo caso come nel primo, il debitore sotto la condizione d'un' accettazione posteriore del creditore o di una sentenza che dichiari la regolarità di ciò che si è fatto, sarà liberato dal giorno stesso dell'intimazione che à fatta al

creditore di venir a prender la cosa nel luogo ove è stata depositata immediatamente dopo il rifiuto; e ancorchè questo debitore, perchè il primitivo depositario non volesse continuare a custodir la cosa o per ogni altra ragione, facesse designare un novello luogo di consegna, sia con apposita sentenza, sia (il che sarà molto più semplice) con la sentenza medesima che deve, in caso di continuazione di rifiuto, proclamare la regolarità degli atti e render la liberazione diffinitiva, sempre l'estinzione del debito e la messa a rischi del creditore daterebbero dal momento dell'intimazione e non soltanto dall' ultimo deposito. — Non ci occorre soggiungere che in questo secondo caso come nel primo tutte le spese fatte, cominciando da quelle del trasporto della cosa dal domicilio del creditore ricusante al luogo ove è stata depositata, sono a carico di esso creditore. In quanto a quelle del trasporto sino al domicilio del creditore, è chiaro che restano a conto del debitore, poichè questo trasporto faceva parte della sua obbligazione, ed egli le avrebbe sopportate del pari, se il creditore avesse accettato.

3.° De' debiti di cose indeterminate.

745. Abbiamo già fatto osservare che da una banda l'estrema difficoltà o anche l'impossibilità di far viaggiare in diversi luoghi e a grandi distanze l'oggetto dell'obbligazione, esisteva egualmente per cose non determinate individualmente che per corpi certi, e che quindi il pensiere del legislatore non avea potuto essere di sottomettere questo caso alle regole stabilite pe' debiti di danaro; e che da un altro canto la scelta che il debitore fa della cosa da offrire e il suo deposito nel luogo della consegna (o il suo trasporto al domicilio stesso del creditore, quando in quello debba per eccezione farsi il pagamento), e infine l'intimazione da farsi al creditore di portar via l'oggetto, la quale dovrà contenere la designazione precisa e individuale della cosa, àn per effetto di determinare la cosa prima indeterminata, e di render così applicabili le regole de' debiti di corpi certi. Si seguiranno dunque, per questa terza ed ultima categoria di obbligazioni, le regole che abbiamo esposte sotto l'articolo 1264.

Una sola osservazione particolare si trova da far quì: ed è pel caso in cui, in eccezione al dritto comune, la scelta della cosa appartenesse, non al debitore, ma al creditore. Non solamente allora non potrebbe esser quistione d'offerta reale, ma non si potrebbe tampoco far un' intimazione di portar via il tale oggetto, nè far ordinare direttamente, se il debitore avesse bisogno del locale, il deposito dell' oggetto altrove; noi si potrebbe, postochè appunto la scelta del creditore dee determinar l'oggetto, o il creditore ricusa di fare questa scelta. In tal caso il debitore dopo il primo rifiuto del creditore, gli farà intimazione di venir a *scegliere* o toglier via l'oggetto; o sul nuovo rifiuto di corrispondere a questa requisizione, otterrà una sentenza la quale ordini che, mancando il creditore di venir a fare la scelta, questa sarà fatta da lui per mezzo della tal persona, e la cosa così scelta sarà depositata nel tal luogo.

§ 5.

Della cessione di beni.

746. Abbiam già detto che la cessione di beni non avendo alcuna logica attinenza con la materia del pagamento e coll'idea d'estinzione delle obbligazioni (attesochè è soltanto un mezzo di sottrarre il debitore alla prigionia, senza punto liberarlo del debito), allogheremo la spiegazione de' sei articoli di questo paragrafo nel titolo *Dell' Arresto personale*; siccome fanno Delvincourt (III, tit. X, c. V) e Zachariae (IV, §§586 e 587): anche Pothier non avea altrimenti compreso il benefizio di cessione nel suo Trattato delle Obbligazioni.

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE.

747. La novazione, che quì incontriamo come seconda causa d'estinzione delle obbligazioni, è il mutamento d'obbligazione, la trasformazione d'una obbligazione in un' altra. La novazione può risultare da una sentenza; ma la spiegazione del quasi-contratto giudiziario appartiene alla procedura, epperò quì non dobbiamo occuparci che della novazione convenzionale, la sola di cui parli la nostra sezione.

1271. [1225]. La novazione si opera in tre modi:

1.° Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito che è sostituito all'antico, il quale è estinto;

2.° Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, che è esonerato dal creditore;

3.° Quando per effetto d'una nuova obbligazione, un nuovo creditore è sostituito all'antico, verso di cui il debitore trovasi esonerato.

748. La novazione, o trasformazione dell'obbligazione, può operarsi in tre modi: 1° col cambiamento d'obbligazione soltanto, restando gli stessi il debitore e il creditore: per esempio, se noi conveniamo ch'io vi darò il mio cavallo in vece de' 1,000 fr. che vi doveva, 2° col cambiamento di debitore: così voi consentite a farmi quietanza de' 1,000 fr. che vi debbo, perchè Pietro s'obbliga a pagarveli per me; 3° infine col cambiamento di creditore: così voi mi esonerate della obbligazione in che io era di pagarvi 10,000 fr., perchè io m'obbligo a corrispondere a vostro padre una rendita vitalizia di 700 fr.

Questi tre modi di novazione possono del resto combinarsi e concorrere per operare una sola novazione di obbligazione. Così, quando voi mi rilasciate quietanza del mio debito di 1,000 fr. perchè Pietro s'obbliga a darvi invece il suo cavallo, àvvi insiememente mutazione del debitore e dell'oggetto dell'obbligazione. Del pari se mi fate quietanza del mio debito di 10,000 fr. perchè Pietro s'obbliga a pagare a vostro padre la pensione di 700 fr., àvvi ad una volta mutamento dell'oggetto dell'obbligazione, mutamento del debitore e mutamento del creditore. E se più cause di novazione possono siffattamente concorrere per estinguere una sola obbligazione, può accadere all'incontro che una sola causa di novazione estingua ad un colpo più obbligazioni, non pure a prò d'un solo debitore, ma eziandio per parecchi. Così voi potete liberarmi dalla mia obbligazione di corrispondervi la tal rendita, dalla mia obbligazione di darvi il mio cavallo e da quella ancora di fabbricarvi una casa, in vista dell'unica obbligazione ch'io contraggo di pagarvi una somma di... Che se, dovendovi Pietro 500 fr. e 500 Paolo, s'obblighi in loro vece Giacomo a pagarvi i 1,000 fr., i due debiti di Pietro e di Paolo saranno estinti col solo mutamento di debitore. Così ancora quando Primo deve 500 fr. a Secondo, e questi altrettanti a Terzo, il quale deve un'egual somma a Quarto, queste quattro persone possono convenire che Primo si costituirà debitore di 500 fr. verso Quarto, e che tutto il resto svanirà: in tal guisa i tre crediti di Quarto sopra Terzo, di Terzo sopra Secondo e di Secondo sopra Primo si estingueranno tutti insieme. Vero è che allora vi son due cause di novazione; mutamento di creditore pel debito di Primo e mutamento di debitore pe' due altri, ma si vede che quest'ultima causa estingue a un tempo essa sola due obbligazioni, e si comprende che egualmente potrebbe estinguerne assai più.

1272. [1226]. La novazione non può operarsi che tra persone capaci di contrattare.

SOMMARIO

I. Le due parti aver debbono la capacità, l'una di rinunziare al suo credito, l'altra di contrarre il nuovo debito. Mancando siffatta capacità, la novazione è annullabile.
II. L'annullamento cade sull'intero contratto di novazione; di guisa che, se si toglie la remissione del primo debito, sparisce ad un'ora anche il secondo.
III. Confutazione della dottrina contraria di Toullier, Duranton, Zachariae ec. — Osservazione sull'obbligazione naturale.
IV. Dicasi lo stesso quando la nuova obbligazione è annullata per errore, violenza o dolo. Falso motivo di Toullier: falsa decisione di Zachariae.
V. Quando il secondo debito è condizionale, la novazione può nondimeno operarsi immediatamente. Critica di Zachariae e di Duranton.
VI. *Quid* quando è l'antico debito che si trovi annullabile (per incapacità o per altra causa) ovvero condizionale?
VII. La novazione non è mai possibile, quando o l'antica o la nuova obbligazione sia infetta di una nullità radicale.

I. — 749. Qualunque novazione contiene, da parte del creditore, l'abbandono del suo credito, e dal canto dell'altra parte la sottomissione alla nuova obbligazione che dee sostituir l'antica. Cotalchè, onde il contratto di novazione si formi regolarmente, fa mestieri che le due parti sieno capaci entrambe, non proprio di formare ogni specie di contratto, ma almeno l'una d'alienar il credito che trattasi di estinguere e l'altra di consentir l'obbligazione che alla prima vuolsi sostituire.

Diciamo che tale capacità delle due parti è necessaria per la regolarità e la piena validità della novazione; ma non lo è punto per l'esistenza di essa. Si sa di fatti che l'incapacità di una parte non impedirebbe che il contratto si formasse e producesse i suoi effetti; o il contratto e le sue conseguenze sarebbero soltanto annullabili, e annullarsi non potrebbero, che sulla domanda dell'incapace, non su quella dell'altra parte (art. 1125). Il nostro articolo significa adunque che tra persone incapaci la novazione non può oprarsi regolarmente e irrevocabilmente.

II. — 750. La conseguenza dell'annullamento che facesse in tal caso pronunziare la parte incapace sembra evidente e di natura da non muovere alcuna controversia: sarebbe di far dichiarare non avvenuto il contratto di novazione e di rimettere ogni cosa nel pristino stato.

Esempligrazia, quando un minore, che è mio creditore d'una somma di 500 fr., conviene meco che, in luogo di questi 500 fr., io gli dia il mio cavallo, è bene aperto che,

se questo minore fa annullare, si annullerà necessariamente la convenzione medesima nel suo insieme, e non soltanto la remissione che il minore m'avea fatta del mio debito di 500 fr. Sicchè non potrà dirmi questo minore: « Io ò acceduta la mia capacità rinunziando al mio antico credito, che quindi debbe mantenersi; ma, siccome io era capace d'acquistar il nuovo eredito, questo dee nondimeno sussistere; onde io posso ora esigere e i 500 fr. e il cavallo. » Niuno per fermo sarebbe tentato di ammettere un simile risultato. Giusta gli stessi termini del nostro articolo, è la novazione che si è operata irregolarmente; essa quindi debb' essere annullata; di guisa che non si sarà fatto nulla, e io dovrò sempre i 500 fr., ma null' altro dovrò. E difatti, poichè si annulla la remissione che l'incapace m'avea fatta della mia obbligazione di 500 fr., quest' obbligazione dunque è sempre esistita; e per conseguenza non si può mantenere quella che solo doveva esistere in quanto era da sostituir la prima.

Reciprocamente, se è il minore che, ottenendo la remissione del primo debito, à contratto il nuovo, la decisione dovrà esser simile. Così questo minore si obbliga a darmi il tal cavallo invece de' 500 fr. ch' egli o la tal' altra persona mi doveva, e forma per tal modo con me una novazione; poscia fa annullare. Non è evidente che l'annullamento cadrà di necessità sul contratto di novazione, sull' intera convenzione, o non soltanto su una delle due parti di essa, sulla nuova obbligazione? Non potrà già dire il minore: « Io era incapace d'obbligarmi, e quindi la mia obbligazione di dar il cavallo è nulla; ma, siccome non era io punto incapace di stipulare la liberazione del mio amico o la mia, questa liberazione rimane acquisita, e il creditore, benchè non riceva il cavallo, non può più esiger nemmanco i 500 fr. » Una pretensione siffatta sarebbe, come la prima, contraria e al testo del nostro articolo e a tutti i principî del dritto e dell' equità. Il creditore non à consentito la estinzione del suo credito puramente e semplicemente, l'à consentita a patto che una nuova obbligazione fosse surrogata all' antica; ma, poichè questa nuova obbligazione è annullata e trovasi non mai esistita, non si è dunque punto estinta la prima. — La novazione non è possibile che mercè due obbligazioni, l'una delle quali si estingue e l'altra la sostituisce; ma, poichè una delle due si trova non esser mai esistita, la novazione dunque non è stata mai possibile.

III. — 751. Per conforme che esser possa questa dottrina alle regole del dritto, della ragione e della giustizia, è però respinta dagli autori (1); e comunque la loro decisione si trovi dimostrata falsa anticipatamente da quanto si è detto, noi dobbiamo insistere su' principî erronei che le servon di base. Chè, come à detto un assennato giureconsulto, « la scienza del dritto consiste non meno nella confutazione de' principî falsi che nella cognizione de' veri» (Garran, *Rep.* Merlin, v° *Novazione*).

Il sistema degli autori si riduce a questo: Egli è innanzi tratto un principio fondamentale che i glossatori dedussero dalle regole del Digesto, che tosto che un'obbligazione si trova estinta, non può rivivere: *obligatio semel extincta non reviviscit.* D'altronde se per l'effettuamento della novazione è mestieri che una seconda obbligazione sostituisca la prima, basta benissimo che questa seconda obbligazione esista naturalmente; ora, quando un incapace fa annullare l'obbligazione che aveva contratta, quest'obbligazione non è annullata che civilmente e continua a sussistere come debito naturale. Epperò Giustiniano dichiara (*Ist.*, lib. 3, tit. 29, § 3) che, se Tizio si fa promettere da un pupillo non autorizzato ciò che gli doveva un' altra persona, l'obbligazione di questa persona rimane estinta con la novazione, sebbene l'obbligazione del pupillo sia nulla.

Queste idee, vere nella legislazione romana, sono profondamente false tra noi, e l'errore quì proviene, come in tante altre circostanze, da quella deplorabile facilità onde s'accettano delle tradizioni eliminate dal Codice. Il Garran, nel cui articolo c'incresce non veder trattata questa quistione, diceva, con molta ragione, che, se la materia della novazione sembra così difficile, è « per l'applicazione che vi si è fatta mal a proposito delle leggi romane, le quali in questa materia come in tante altre àn de' principî puramente relativi al loro sistema particolare di legislazione (*ivi*).

752. Primamente per ciò che concerne il principio che un'obbligazione estinta non può rivivere, osso non è tale da soffermarvici. Chè da una banda la nostra dottrina consiste precisamente in dire che, siccome il secondo debito pel suo annullamento si trova non esser mai esistito, il primo appunto perciò trovasi non estinto altrimenti; da un altro canto, ancorchè si riguardasse il debito come estinto assolutamente e si rispettasse d'altronde la regola della glossa come un testo di legge, basterebbe far notare che siffatta regola non era dichiarata applicabile che salvo qualunque

(1) Toull. VII 298, 300 e 302; Delv.; Duranton, XII 282; Dalloz, *Obbl.*; Zachariae II.

eccezione richiesta dall'equità : *obligatio semel extincta non reviviscit* , NISI JUSTA CAUSA SUBSIT EX QUA AEQUITAS SUBVENIAT.

Vediamo ora se sia possibile applicare nel nostro Dritto francese l'idea, che l'obbligazione annullata per incapacità lascia sussistere una obbligazione naturale sufficiente per operare la novazione.

A Roma, la classe delle obbligazioni puramente naturali era ampissima, e doveva essere in una legislazione organizzata al tutto fuori della natura delle cose. Accanto alle regole, antinaturali, organiche della parentela (e secondo le quali si sa che il figlio non era se non parente di *sua madre* , o poteva al più averla *per sorella*), il Dritto romano aveva eziandio le sue regole antinaturali per la creazione delle obbligazioni, ed ogni debito che non s'era formato a norma di queste regole speciali, per quanto fosse rispettabile e valido agli occhi della coscienza e della ragione, non avea nulla di obbligatorio civilmente e restava semplice debito naturale. Sicchè una convenzione, tuttochè fossero affatto capaci i suoi autori, positive e ben considerate le reciproche promesse, obbligatoria in somma profondamente in fatto, e in equità, non producea verun effetto civile e creava sotto il nome di *patto* delle mere obbligazioni naturali, tosto che non avea rivestito la tale o tal forma voluta dal *jus civile*. Fra noi al contrario l'idea fondamentale della legge è stata di mettersi d'accordo con la natura delle cose ; e il nostro legislatore à voluto che le regole del dritto non fossero il più che esser potessero se non le regole stesse della ragione. Per esempio, l'obbligazione convenzionale, in cambio di formarsi soltanto *re, litteris* o *verbis* e di risultare dal mero consenso in soli quattro casi eccezionali e privilegiati, può nel nostro Dritto francese formarsi sempre col semplice consenso ; e le mille convenzioni che a Roma sarebbero state dei *patti* sforniti d'ogni forza giuridica, sono per noi de' veri contratti che creano l'obbligazione civile. Onde la classe delle obbligazioni puramente naturali trovasi oggi soppressa in principio e più non esiste che come una rara eccezione. Il che è evidente ; dacchè l'obbligazione naturale è quella che esiste in equità senza punto esistere in dritto, e fra noi il dritto riconosce in principio tutte le obbligazioni che riconosce l'equità.

Pertanto, circa all'obbligazione degl' incapaci, bisogna ben guardarsi dal credere che una tale obbligazione, annullata una volta, continui a costituire agli occhi della legge un' obbligazione naturale. Quando il nostro legislatore dichiara nulla la promessa del minore, dell' interdetto o della donna maritata, non è già col pensiero che sia valida in equità (chè, se avesse un tal pensiero, la dichiarerebbe valida in dritto) ; sebbene precisamente perchè gli sembra che coloro i quali l'àn contratta non erano nelle condizioni volute per obbligarsi ragionevolmente. Se la dichiara nulla civilmente, è perchè la presume nulla naturalmente... Chè se l'incapace, dopo aver fatto annullare a bella prima la promessa, venga poi (egli stesso divenuto capace o per mezzo de' suoi rappresentanti legali) a farne un'esecuzione regolare o a riconoscerne altrimenti la validità, questa esecuzione o questa ricognizione prova al legislatore che la sua presunzione era fallace per questo caso particolare ; e si sa allora, ma allora soltanto, che la promessa civilmente annullata era rimasta obbligatoria naturalmente. Dunque, laddove a Roma la promessa che era nulla civilmente potea benissimo riconoscersi immediatamente come naturalmente obbligatoria ; da noi per contra la promessa annullata in dritto non è più che il nulla, e in fatto e in equità, fino a prova contraria, e tal prova contraria non può risultare se non dall' esecuzione o da qualche altro atto costituente una manifesta ricognizione della validità dell' obbligazione annullata.

Quindi segue che, nello spirito della nostra legge francese, la promessa che l'incapace à fatta annullare, trovasi inesistente in equità come in dritto, e non presenta obbligazione nè civile nè naturale. Onde, quando l'incapace che mi à consentita un' obbligazione (in surrogamento sia d'un' altra sua, sia dell'obbligazione di un altro) l'obbligazione legalmente non à mai esistito, nè civilmente nè tampoco naturalmente ; la condizione di due obbligazioni, di cui la seconda viene a sostituir la prima, non s'è punto avverata ; la novazione che si è creduto operarsi non s'è compiuta altrimenti ; e l'obbligazione primitiva, che si è creduto estinguersi, à continuato a sussistere.

753. Queste osservazioni, rispondendo alla pretesa esistenza d'un' obbligazione naturale nella promessa annullata dell' incapace, rispondono del pari all' autorità, invocata nel sistema contrario, della decisione di Giustiniano ; ma su questa decisione noi abbiam da aggiungere un' osservazione speciale che farà meglio comprendere ancora l' inapplicabilità delle regole romane alla quistione in che versiamo.

A Roma, la novazione non potea farsi che con le parole solenni della stipulazione, e si sa che la stipulazione era un degli atti più stranamente improntati di quel formalismo bizzarro di cui il nostro Codice à infranti gli ultimi avanzi. Le parole regolarmente pro-

nunziate, *le parole* per sè stesse e senza veruna considerazione della reale intenzion delle parti, erano, a somiglianza di una bacchetta magica, il solo ed unico principio generatore del dritto. Con un consenso positivamente prestato, se tuttavia le parole volute non eran pronunziate, il dritto punto non esisteva. All'incontro, fosse pure il consenso viziato dall' errore o dalla violenza, il dritto esisteva tosto ch' eransi pronunziato le parole!... Ora, siccome il pupillo, tuttochè incapace d' obbligarsi, avea pure, nella qualità di cittadino romano, il dritto di figurare nella stipulazione; tosto che le parole volute per operare questa novazione eran pronunziate dal creditore e da lui, la novazione esisteva pur sempre. Per l' opposto, se le parole erano state pronunziate da uno schiavo o da uno straniero, la novazione, comunque costoro s' avessero la più matura intelligenza di ciò che faceano e la più perfetta volontà di novare, non s' operava punto, perchè lo schiavo e lo straniero non aveano il dritto di figurare in quello spettacolo solenne della stipulazione. Sicchè unicamente per la possanza, per la onnipossanza della forma, si compieva siffattamente la novazione, malgrado l' impubertà di una parte, come sarebbesi compiuta malgrado anche la volontà d' una parte violentata ovvero indotta in errore! Or che ci à egli di comune fra un simile formalismo e lo spirito del nostro dritto moderno, che lascia le parole per non occuparsi che delle cose, che vuole ogni convenzione s'esegua di buona fede e produca le conseguenze tutte che esige l'equità (art. 1134, 1135)?

Adunque l'incapacità della parte che s'obbliga produce la nullità, non soltanto dell'obbligazione così contratta, sì della stessa novazione, di guisa che l' antico debito continua a sussistere; del pari che l' incapacità della parte che rinunzia all' antico debito produce la nullità, non pure della rinunzia, ma altresì del nuovo debito, facendo sparire intero il contratto di novazione. Ciò del rimanente risulta dal testo medesimo del nostro articolo, il quale dichiara che l' incapacità (sotto la condizione di essere invocata dall' incapace) impedisce che la *novazione* si operi.

IV. — 754. Poichè la novazione si trova non avvenuta e lascia sussistere la prima obbligazione, quando la seconda è annullata per incapacità, è chiaro che lo stesso sarebbe, se l' annullamento fosse pronunziato per errore, violenza o dolo. Sembra anzi che il dubbio non era possibile quì; essendo palpabile che l' equità non può, più che il possa il dritto, rispettare una promessa risultante dal dolo, dall' errore o dalla violenza. L' inesistenza, come obbligazione naturale, della promessa civilmente annullata, è evidente in questo caso; e pertanto la seconda obbligazione che doveva operare la novazione con la sua sostituzione alla prima, trovandosi evidentemente non esser mai esistita, pur come meramente naturale, si tocca con esso il dito l' impossibilità d' ogni novazione.

Laonde il Toullier confessa (n.° 299) che in questo caso la novazione è non avvenuta e la prima obbligazione è tuttavia sussistente. Vero è che egli appoggia siffatta decisione su un motivo erroneo; giacchè si fonda sulla ragione che, per effetto del dolo, della violenza o dell' errore, l' obbligazione trovasi radicalmente nulla e inesistente di pieno dritto, laddove la è come si è veduto di sopra (art. 1109, 1110 n.° II, 1111, 1115, 1116) una semplice causa d' annullamento, al pari dell' incapacità. Ma infine, se il motivo è falso, la decisione almeno è esatta; e fa stupore veder lo Zachariae criticare a un tempo il motivo e la decisione.

Secondo lui, la prima obbligazione resta estinta, ad onta dell' annullamento della seconda per errore, violenza o dolo. La ragione che ne allega è che, se il debitore non à contratta la nuova obbligazione che per errore, violenza o dolo, non però per errore, violenza o dolo à il creditore consentita la sua rinunzia alla prima, e questa rinunzia non essendo viziata, come è la nuova promessa, dee dunque esser mantenuta... Egli è fare una strana confusione e identificare l' estinzione per *novazione* coll' estinzione per semplice *remissione*, di cui parleremo nella seguente sezione. Senza dubbio, quando l' obbligazione è stata estinta con la semplice remissione diretta che ne à fatta il creditore, spetterebbe al creditore che volesse fare annullar questa remissione di provare che è viziata e si trova annullabile per la tale e tal circostanza. Ma quando trattasi di *novazione*, ossia d' una remissione fatta mercè la sostituzione d' una seconda alla prima obbligazione, è chiaro che, quando sarà provato che la seconda obbligazione non è mai esistita, la prima non sarà stata estinta, dappoichè la novazion non sarà stata possibile.

V. — 755. Un ultimo caso ci avanza da esaminare; ed è quello in cui la seconda obbligazione fosse contratta sotto una condizione, sia sospensiva, sia risolutiva.

A Roma, quando una delle due obbligazioni, sia l' antica, sia la nuova, era condizionale, cioè sottomessa ad una condizio-

ne sospensiva (1), la novazione era impossibile; e ciò doveva essere in una legislazione in cui si serbavano con un rigore affatto matematico i principî della scienza giuridica, la quale costituiva una specie di geometria sacra, che non permetteva di occuparsi in nulla della volontà de' contraenti. La promessa condizionale, diceasi, non è rigorosamente un' obbligazione; è soltanto la speranza di un' obbligazione, *spes est tantum debitum fore.*

Or la novazione non è possibile che fra due obbligazioni. Lo Zachariae (II) insegna che questa regola, riprodotta già dal Pothier (n. 550, 551) debba ancora seguirsi sotto il Codice. Ma gli è un grave errore.

Se la promessa condizionale non è punto un' obbligazione perfetta, è un' obbligazione imperfetta, è un' obbligazione qualunque: quando io vi ò promesso 500 fr. se la tal nave ritornerà, sono immediatamente ligato in qualche cosa, non ò più tutta la mia libertà, poichè io non posso fare che la nave non ritorni e ch' io non abbia da pagarvi i 500 fr. Ma, se io son *ligato* in qualche cosa, v' è già dunque una certa *obbligazione*, un certo vincolo; e perchè questo vincolo è meno stretto d' un altro, è ella una ragione per la quale io non possa sciogliermene come da ogni altro? Se noi conveniamo che in luogo di questa obbligazione condizionale di 500 fr. io sarò sottomesso a un debito puro e semplice di 200, per qual motivo, per qual pretesto si potrebbe riensare di validar una tale convenzione? Reciprocamente se conviene al mio creditore e a me di sostituire a un' obbligazione pura e semplice di 200 fr. un' obbligazione condizionale di 500 fr., perchè la convenzione non dovrebbe avere il suo effetto? Infine perchè non si rispetterebbe del pari la convenzione onde noi sostituiamo il debito condizionale di 500 fr. al debito egualmente condizionale del tal cavallo?

Egli è evidente che nel nostro Dritto francese qualunque convenzione lecita e fatta con intenzione di obbligarsi, obbliga in effetto. Dunque ogni convenzione di estinguere un' obbligazione con un' altra avrà piena forza, e quando l' una o ciascuna delle due obbligazioni sarà condizionale e quando ciascuna sarà pura e semplice.

Senza fallo, se si riconoscesse che le parti ànno inteso non sostituir la nuova obbligazione all' antica che in quanto vi fosse adempimento della condizione imposta ad una di queste obbligazioni, si dovrà rispettare la loro volontà. Ma non sarà già perchè la novazione è impossibile coll' obbligazione condizionale; sarà perchè le convenzioni debbono sempre eseguirsi di buona fede come le parti le àn comprese (art. 1134). A dir breve, qui non v' è e non può esservi che una quistione d' intenzione.

756. La soluzione contraria dello Zacharie è talmente inammessibile, ripugnerebbe talmente alle nostre idee francesi, che il Delvincourt e il Duranton (XII-296 e 306) i quali ammettono il falso punto di partenza del professore tedesco, preferiscono gittarsi nella contraddizione e nell' assurdo, anzichè adottare questa soluzione. Dicono essi che la regola romana dell' impossibilità d' una novazione in caso di condizionalità d' uno dei debiti è ancor oggi un *principio* del nostro dritto, ma che a questo principio vi sarà *eccezione* quando le parti l' avrau voluto. Egli è un giungere al nostro risultato di sbieco e per via d' idee contraddittorie; è un proclamare a bella prima che il principio romano esiste tuttora, per confessare subito dopo che non esiste più. Giacchè dire che le parti posson oggi novare malgrado la condizionalità quando lor piaccia, è ben dire che questa condizionalità non rende più impossibile la novazione, ed è per conseguenza un riformar la soppressione del principio romano.

E di fermo, come mai il nostro Codice, il quale non ricerca nelle convenzioni che la volontà delle parti avrebbe potuto adottare un principio che le più volte avrebbe per effetto di contraddire a questa volontà e di snaturare la convenzione?.. Io convengo con voi di sostituire al mio debito puro e semplice di 200 fr. il debito condizionale d' un cavallo che vale 400 fr. Il dritto romano ci dice non esservi attualmente novazione, e che questa novazione non esisterà se non quando la condizione preveduta si adempia e dia un' esistenza perfetta alla seconda obbligazione. Ebbene! àvvi in ciò menzogna a un tempo e manco d' equità... Menzogna, perocchè dire che la novazione non si opera immediatamente, ma si opererà se la condizione preveduta s' adempia, si è un togliere dalla seconda obbligazione una condizione che noi v' abbiam messa, per trasportarla sulla novazione medesima alla quale non abbiamo voluto apporla; si è render puro e semplice ciò che noi abbiam fatto condizionale, e condizionale ciò che abbiam fatto puro e semplice: noi abbiamo inteso

(1) Si sa difatti che ogni condizione è di necessità sospensiva, e che quella che il Codice chiama risolutiva altro non è che una condizione sospensiva che colpisce la *risoluzione* dell' obbligazione (art. 1168, 1).

sostituir puramente tal debito al tal debito *condizionale*, e la legge romana dichiara che abbiamo sostituito *condizionalmente* al tal debito l'altro *puro e semplice*; si è mentire due volte anzichè una, alla realità delle cose per farsi giuoco delle nostre intenzioni e snaturarle!... E vedete le conseguenze contro equità d'un sistema siffatto. La novazione, restando pura e semplice, come noi l'abbiam fatta, il mio debito di 200 fr. è immediatamente estinto; e l'obbligazione condizionale che lo sostituisce, se presenta l'eventualità di farmi pagare un valor doppio coll'avveramento della condizione, mi dà reciprocamente l'eventualità di non pagar nulla coll'inadempimento di essa condizione: ed è al tutto giusto. Per contra, nei principî romani, se la condizione s'adempie, vi sarà novazione, ed io pagherò l'oggetto di 400 fr.: e se la condizione non si adempie, la novazione non avrà punto avuto luogo; io sarò tuttavia sottomesso al primo debito, e pagherò i 200 fr., di guisa che correrò il rischio di pagare il doppio senz'avere alcuna contingenza di diminuzione!

Come avrebbe potuto consacrar simiglianti principî il nostro Codice?

757. Vuolsi dunque riconoscere che la regola romana, risultato pur naturale delle forme rigorose con cui si compieva la novazione (forme che operavano o non operavano a norma di cause nelle quali non entrava per nulla la volontà delle parti), è disparita dal nostro Dritto insieme a quelle forme. Bisogna riconoscere che nel contratto di novazione come in ogni altro, le parti son libere di far la loro convenzione pura e semplice (benchè d'altronde una o ciascuna delle due obbligazioni da sostituirsi l'una all'altra sia condizionale), o di farla condizionale (tuttochè ambe le obbligazioni sieno pure e semplici); ch'egli è consono alla mente del Codice, poichè è conforme alla ragione e all'equità, di poter sostituire l'una all'altra delle obbligazioni condizionali, punto non ripugnandovi la imperfezione della loro esistenza; e che infine l'intenzione delle parti a tal riguardo, sola regola che sia da seguire in tal caso, si determinerà qui, come sempre, con la dichiarazione di esse parti, e in mancanza di dichiarazione sufficiente, coll'indicazione che daranno le circostanze alla loro volontà.

La più significativa di queste circostanze sarà d'ordinario il valor comparato degli oggetti delle due obbligazioni. Supponiamo a mò d'esempio che noi siamo convenuti, senza altrimenti precisare il nostro pensiero, che invece di rimanere vostro debitore del cavallo che io debbo consegnarvi fra sei mesi e che vale circa 500 fr., io vi dovrò per la stessa epoca una somma di... se otterrò il tal posto: si comprende che la cifra della somma potrà sovente per sè sola bastare a far cogliere il pensiero, incompiutamente espresso, dei contraenti. Se questa somma è di 1,500 fr. per esempio, si vedrà bene che le parti ànno inteso applicare così condizione alla nuova obbligazione, e non già alla novazione, si vedrà bene che l'idea non ha potuto essere di sostituire *condizionalmente* al debito del cavallo un debito *puro* e *semplice* di 1,500 fr. Il debitore infatti non avrebbe voluto correre il rischio di pagar tre volte il valore primitivamente dovuto, se non avesse avuta la reciproca contingenza di non pagar nulla. Sicchè il pensiero è necessariamente questo: 1° il debito del cavallo è estinto assolutamente e checchè avvenga; 2° in luogo di questo debito del cavallo, il debitore contrae un debito condizionale di 1,500 fr.: pagherà questa somma se otterrà il posto, nulla pagherà nel caso contrario. Ma, se la somma da pagare non rappresentasse che il valore del cavallo, si vedrebbe da ciò che la condizione cade sulla novazione, non già sulla nuova obbligazione. Dappoichè il creditore non à potuto sottomettersi all'eventualità di non ottener nulla, quando non aveva l'eventualità reciproca di ottener un vantaggio maggiore. Il pensiero in questa seconda ipotesi è necessariamente che, se il posto è ottenuto, si pagheranno i 500 franchi in cambio del cavallo, e nel caso opposto rimarrà dovuto il cavallo.

758. Non accade, del resto, che facciamo osservare come la condizione sia sospensiva, sia risolutiva, potrebbe benissimo, ove le parti il volessero, riflettere ad una volta e la novazione e la nuova obbligazione mediante cui quella si opera. Così noi possiamo ben convenire, che il mio debito attuale sarà sostituito da un altro, se il tale avvenimento avrà luogo; e che quest'altra obbligazione anch'essa sarà sottoposta alla tal'altra condizione: per esempio, io sarò sottomesso al secondo debito, e non più al primo, se la tal nave ritornerà dalle Indie di qui a tre mesi; e questa seconda obbligazione consisterà in pagarvi la tal somma se io sposerò la tale persona.

VI. — 759. Dopo studiati gli effetti dell'annullamento e della condizionalità nella seconda obbligazione dobbiam ricercare in poche parole quali effetti produrranno quando avran luogo per la prima.

La novazione, come abbiam già detto, e come indica il buon senso, esige per compiersi due obbligazioni: siccome non può essere per novazione estinto il debito antico ove non sen faccia nascere un nuovo, così

un nuovo debito non potrà esistere quando non ve ne sia un primo da estinguere, o che questo si trovi legalmente inesistente. La seconda obbligazione in tal caso sarà stata contratta su una falsa causa e sarà quindi affatto nulla (art. 1131). Se dunque un'obbligazione annullabile viene difatti ad essere annullata dopo essere stata l'obbietto di una novazione, questa obbligazione, per effetto dell'annullamento pronunziato, trovandosi non esistita mai, la novazione non sarà stata che un fatto non avvenuto in dritto, e la seconda obbligazione non esisterà punto.

760. Questa prima soluzione ci sembra senza difficoltà; ma più imbarazzante può essere di sapere in qual casi un' obbligazione annullabile resterà tale ad onta della novazione di cui sarà stata l'obbietto. Indubitatamente nol sarà sempre; giacchè è evidente che la novazione porterà spesso la rinunzia all'azione di nullità. — Così, quando un incapace, dopo contratta un' obbligazione che potrebbe far rescindere, posta la sua qualità, ritorna (coll'assistenza onde à bisogno, ovvero avendo acquistata piena capacità) a trasformare quest' obbligazione viziosa in una nuova obbligazione che contrae regolarmente, è ben chiaro esservi stata rinunzia a far rescindere, ratificazione del primo debito, e che in surrogamento d'un'obbligazione da lui riconosciuta valida si è il debitore sottomesso alla nuova obbligazione. — Lo stesso sarebbe, se il debitore non avesse contratta la prima obbligazione che per violenza e venisse poscia liberamente a novarla. — Che se il primo debito era infetto d' errore o di dolo personale, la novazione conterrà ancora rinunzia all' azione di nullità, se è provato (sia da' termini dell' atto, sia dalle circostanze) che il debitore aveva scoperto l' errore o il dolo al momento della novazione. Nel caso contrario, sussisterebbe pur sempre l' azione di nullità. — A dir breve, la novazione consentita dal debitore supporrà e proverà la rinunzia al dritto di far annullare ogni qualvolta questo debitore conosceva il vizio dell' obbligazione che novava. Nel caso opposto, l' obbligazione potrà sempre venir annullata; e se lo è infatti, si troverà pertanto non essere esistita nell' atto della novazione, e questa sarà nulla.

761. Ma che si deciderebbe se la novazione dell' obbligazione annullabile si facesse, non tra il creditore e il debitore, ma tra il creditore e un terzo? Così Pietro è debitore di 500 fr. per effetto d' una convenzione che si trova nel caso d'esser annullata, sia per incapacità, sia per errore, violenza o dolo, e Paolo viene ad obbligarsi verso il creditore di pagargli questi 500 fr. invece di Pietro, il quale dee con ciò trovarsi liberato: qual sarà l'effetto di questa novazione, supponendo che Paolo faccia annullare? La quistione ci par delicata; ma ecco tuttavia le regole che sembraci doversi seguire.

Se il terzo ignorava nell' atto della novazione vizio della prima obbligazione, si dee dire, come per la novazione così consentita in ignoranza di causa dal debitore medesimo, che trovandosi la prima obbligazione, per effetto dell' annullamento pronunziato, non esser mai esistita, la novazione si trova non avvenuta e la nuova obbligazione nulla per manco di causa. — Che se questo terzo conosceva bene il vizio ond' era infetta l' obbligazione primitiva, la novazione così da lui consentita con cognizion di causa sarà ancora nulla in principio, a differenza di quella che fosse stata consentita nelle medesime condizioni dal debitore; ma questo principio sparirà sovente innanzi alle circostanze del fatto. E difermo, la novazione che viene a consentire un terzo non toglie punto al debitore il dritto di far annullare il suo debito, e questo debito una volta annullato trovandosi non esser mai esistito, ne seguirà che la novazione non è stata legalmente possibile. Tale è il principio; ma, se è riconosciuto in fatto, sia dalla espressa dichiarazione delle parti, sia dalle circostanze, che il pensiero del terzo è stato di obbligarsi anche pel caso in cui il primo debito fosse annullato, il che potrà sovente aver luogo (anzi l' obbligazione del terzo potrebbe essere stata contratta precisamente in vista e pel timore d' un annullamento che il terzo credesse contrario all' equità), si dee direallora che avendo il terzo risguardata l'obbligazione viziosa in dritto come perfettamente valida in equità, lo annullamento civile di essa obbligazione non impedirà punto che la novazione si mantenga per aver sostituito un nuovo debito civile a un debito civilmente annientato, ma esistente naturalmente agli occhi de' contraenti.

762. Se, dopo pronunziato l' annullamento del primo debito, venisse il debitore o un terzo che conoscesse questo annullamento a far la novazione di quello, il dubbio non sarebbe possibile. Ben sarebbe evidente allora che si è inteso novarlo, non come obbligazione civile (chè come tale era attualmente annientata), ma come obbligazione naturale; e quindi la novazione produrrebbe tutt' i suoi effetti. Che se dopo pronunziato già l' annullamento, la novazione fosse consentita da un terzo, il quale non conoscesse questo annullamento, avremmo lo stesso caso che se la novazione si fosse fatta prima, e s' applicherebbero le distinzioni anzidette.

Infine, per ciò che concerne la condizionalità del primo debito, si dovranno evidente-

mente applicare delle regole analoghe à quelle del nostro numero precedente ; a norma dell' intenzione dalle parti (intenzione che si determinerà dalle circostanze in difetto di espressa dichiarazione) si deciderà se la condizione , vuoi sospensiva , vuoi risolutiva , di cui era affetta la prima obbligazione, sia o no riportata sulla seconda.

VII. — 763. Nella spiegazione di questo articolo non abbiam parlato che delle obbligazioni annullabili e non di quelle che fossero radicalmente nulle, ossia inesistenti di pieno dritto. Infatti per queste non ci à difficoltà possibile : è chiaro che la novazione non può operarsi quando àvvi nullità radicale , inesistenza assoluta, sia dell'obbligazione alla quale si voleva sostituirne un' altra, sia di quella che all' antica si voleva sostituire. Essendo la novazione il surrogamento di un'obbligazione con un'altra, è ben evidente che esige due obbligazioni ; e se basta che l'una o ciascuna di queste obbligazioni abbia un' esistenza viziata (per incapacità o altrimenti) , o puramente naturale (come l' obbligazione già annullata , ma riconosciuta valida in equità) , o semplicemente condizionale, bisogna almeno che abbia un' esistenza qualunque. Se dunque una delle obbligazioni non fosse che una vana apparenza senza realità ; se quest' obbligazione, per esempio, fosse stata contratta da una persona privata di ragione , o se fosse contraria al buon costume , la novazione punto non s' opererebbe : tutti sono d' accordo su di ciò.

1273. [1227]. **La novazione non si presume ; conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla.**

SOMMARIO

I. I tribunali non possono riconoscere la novazione che quando esiste d' un modo evidente.
II. Esempi per la novazione con semplice cambiamento di debito. Quando à luogo ? Errori diversi del Duranton.
III. Applicazione del principio alla novazione per cambiamento di debitori , la quale costituisce ora una Expromissione , ora una Delegazione.
IV. Applicazione alla novazione per cambiamento di creditore.
V. Una riconoscenza erronea di novazione fatta dai tribunali può dar luogo a cassazione. Opinione contraria del Duranton respinta dalla Corte suprema.

I. — 764. Abbiam veduto esservi tre modi primitivi di novazione, i quali poi si possono combinare e concorrere in guisa da formare una quarta e una quinta classe , cui è possibile , ma non è punto necessario di distinguere. La novazione difatti si opera 1° per cambiamento di debito (restando gli stessi il creditore e il debitore) ; 2° per cambiamento di debitore ; e 3° per cambiamento di creditore. Ora in tutti i casi , e in qualunque modo la si pretenda formata , la novazione non dev'esser riconosciuta, se l' intenzione di operarla non si è manifestata in modo certo ; e , se una dichiarazione precisa o, in mancanza di essa, delle circostanze significative non rivelano chiaramente l'intenzione di novare , non si dovrà dire che vi sia novazione. — Diciamo che l' intenzione dee risultare chiaramente o da' termini stessi delle parti o dalle circostanze. Non si dovrebbe credere infatti che, parlando d' un *atto* , il nostro articolo abbia inteso esigere *uno scritto* da' cui termini emerga evidentemente la novazione. L' atto è la stessa convenzione che si è fatta tra le parti , *quod actum est...* Ma , comunque si appalesi la volontà, fa d' uopo si manifesti chiaramente.

E infatti per ciascuna delle tre specie di novazione vi à delle convenzioni analoghe; e spesso si correrebbe rischio di cader nell' errore e dare alla volontà delle parti maggior effetto ch' elle non abbiano inteso , se l' esistenza della novazione fosse ammessa troppo di leggieri.

II. — 765. Così , quando noi conveniamo che voi pagherete fra un anno i 5,000 fr. che dovevate pagarmi a mia volontà, non bisognerebbe da questo fatto conchiudere una novazione , e dire che il debito non essendo più lo stesso (poichè ora è a termine quando prima era puro e semplice) , le garenzie che proteggevano la prima non esisteranno più per la seconda : che sarebbe un andar troppo oltre e *presumere* la novazione laddove debb' esser *provata*. Si può benissimo a un' obbligazione aggiungere un termine, lasciando d' altronde sussistere l'obbligazione tal quale era. — Del pari, se conveniamo che voi mi dovrete ipotecariamente la somma per la quale io non aveva che un credito chirografario , non ci à per questo sostituzione d' un debito a un altro , ma soltanto aggiunzione a un medesimo debito d' un nuovo accessorio ; e se questo debito era inoltre garentito da una fideiussione, questa fideiussione sussisterà.

Ma ci à sostituzione d' un debito a un altro, allorchè diciamo che pe' 5,000 fr. che voi dovevate rimborsarmi alla tal' epoca, mi corrisponderete ora una rendita perpetua di 250 fr. Vero è che questo punto era assai controverso nell' antico dritto e che anzi la maggior parte degli autori e degli arresti pretendevano, che in questo caso sussisteva pur sempre lo stesso debito ; ma è questo un errore che bisogna rigettare come fanno

in effetti Toullier (n.° 288) e Duranton (n.° 288), e come già faceva lo stesso Pothier (n.° 559, art. 4 § 3). E di fermo non è egli palpabile che si muta un debito proprio nella sua natura o si trasforma in un debito differente, facendo del debito d' una somma esigibile il debito d' *una rendita*? Una rendita è il dritto di ricevere delle annualità, sia durante la vita d' una persona, sia a perpetuità, senza mai poter domandare alcun capitale; sicchè una rendita non è mica un capitale. Senza dubbio, la rendita può costituirsi mercè il versamento d' un capitale, a quella guisa che s' acquista benissimo una casa col versamento d' una somma di danaro; ma la rendita non è il capitalo, come la casa non è la somma pagata per comprarla. Or se una rendita e un capitale sono due cose diverse, ne segue che il debito di una rendita e il debito di un capitale non èu mica *lo stesso obbietto*; sono dunque profondamente diverse l' una dall' altra. Dunque la trasformazione di un capitale dovuto in una rendita opera novazione; ed àvvi quindi estinzione del primo debito e di tutti i suoi accessori.

766. Questa decisione, sulla quale sembra che siasi d' accordo oggi, ci pare in fatti incontrastabile; ma non bisogna dire col Duranton che in questo caso si presuma avere il creditore ricevuto dal debitore la somma dovutagli, poi averla rimessa a quest' ultimo, e che queste due tradizioni, soppresse nella realità *celeritatis causa*, àn prodotto l' una l'estinzione della prima obbligazione e l' altra la causa della seconda.

Se così fosse, non sarebbe stato dunquo *pagamento* del primo debito; e ciò dice infatti il dotto professore. Or egli è uno strano ragionamento quello nel quale si stabilisce essersi il debito estinto *per pagamento*, per provare che si è estinto *per novazione*! Qui, come in tutt'i casi di novazione, l'estinzione del primo debito si opera con la sostituzione della seconda (e non già con un pagamento fittizio), e questo secondo debito à per causa precisamente l'estinzione del primo (o non mica un versamento fittizio, dal creditore al debitore, della somma che a quello fosse stata fittiziamente pagata).

Se fosse vero che ogni novazione contenesse, fittiziamente e legalmente, l' esecuzione della prima obbligazione, se questo fosse come dice il Duranton, *il carattere distintivo* ED ESSENZIALE *della novazione*, ne seguirebbe non dover la novazione essere annoverata fra' modi di estinzione; dacchè in tutt' i casi di novazione il debito sarebbe estinto *dal pagamento*. Così, quando voi avete consentito a prender il mio fondo invece de' 60,000 fr. che io vi doveva (o credeva dovervi) e noi abbiamo siffattamente operata la specie di novazione chiamata *dazione in pagamento*, sarebbe da dire che si presumesse aver voi ricevuto da me i 60,000 fr. pel soddisfacimento del mio debito ed avermi poscia resa cotal somma per prezzo del mio fondo, il quale si presumerebbe di avervi io venduto: le cose dunque andrebbero nella dazione in pagamento, come se stato vi fosse *pagamento* del debito e *vendita* della cosa. Or ei non è punto così; e il Duranton stesso (n.° 81-1°) à cura di dire, seguendo Pothier, ch' egli è d' uopo guardarsi dall' assomigliare la dazione in pagamento alla vendita che il debitore avesse fatta al suo creditore, pur *senza versamento di somme* nè dall'una nè dall' altra parte, e convenendo che il prezzo di questa vendita *varrebbe in pagamento* della somma dovuta: il Duranton (5° e 6°), insegna con ragione che, pel caso di vendita, l'inesistenza del debito, che a torto si era creduto esistere, permetterebbe soltanto al debitore venditore della cosa di ripeter la somma di danaro; e che nel caso di dazione in pagamento, all' opposto, egli avrebbe da rivendicare la cosa medesima.

E di fermo, se mediante un pagamento (anche fittizio e senza tradizione effettiva delle monete) io ho estinto il mio preteso debito di 60,000 fr. vendendovi d' altronde il mio fondo per una stessa somma, è chiaro che niun vizio presenta la vendita e che la sola cosa fatta indebitamente è il pagamento de' 60,000 fr. Ma se all' incontro, io ò fatta una dazione in pagamento, il preteso debito de' 60,000 fr. non è stato estinto che con la sostituzione del novello debito del fondo, debito novello ch'io ò estinto sul momento con la tradizione dell' immobile; or il primo debito, quello dei 60,000 fr. trovandosi non esser punto esistito, il secondo, che dovea formarsi unicamento per sostituir quello, non è esistito tampoco; e in conseguenza il fondo ch' io vi ò dato per estinguere questo secondo debito, vi è stato dato indebitamente ed lo posso ripeterlo.

767. Circa al punto di sapere se vi sia stato *pagamento* del debito di somma e *vendita* della cosa, ovvero *dazione* di questa cosa *in pagamento* (cioè novazione mercè sostituzione del debito della cosa al debito della somma, indi esecuzione immediata di questo debito della cosa), è chiaro esser questa una quistione d' intenzione, la quale si deciderà a norma dei termini medesimi della convenzione, o, in difetto di dichiarazione espressa a tal riguardo, a norma delle circostanze; e par naturale ammettere col Cuiacio (*Osserv.*, l. 19, c. 38) che l' intenzion di vendere sarebbe provata sufficientemente, sol perchè la cosa fosse stato data con istima. E di vero, perchè mai sareb-

bensì stimata la cosa, ove non si fosse inteso venderla per un prezzo il quale venisse in pagamento della somma dovuta, ma invece darla come oggetto diretto d'una nuova obbligazione sostituita al debito di somma? Senzachè, anche nel dubbio assoluto, e mancando ogni circostanza atta a far cogliere il pensiero delle parti, ancora per la vendita bisognerà pronunziarsi, postochè il nostro articolo vuole, non si ammetta la novazione, se non quando sia stabilita chiaramente.

768. Terminiamo queste osservazioni relative alla novazione mercè il solo mutamento di debito (rimanendo gli stessi il creditore e il debitore), coll'esame d'un punto stato accesamente dibattuto, sebbene a noi paia semplice anzicchè no. Gli è quello di sapere se v'abbia novazion, sol perchè un creditore, il quale abbia qualche garenzia particolare per sicurtà del suo credito, accetti dal suo debitore de' biglietti sottoscritti in pagamento del debito. Per esempio, quando un venditore non pagato, il cui credito è privilegiato (art. 2102-4° 2103-1°) e che può inoltre in mancanza di pagamento, far risolvere la vendita per rivendicar l'oggetto venduto (art. 1184 e 1654), accetta siffattamente de' biglietti dal suo compratore pel prezzo dovuto, o gli dà con ciò un'implicita quietanza, o se si voglia una quietanza formale di questo prezzo, convien egli dire che tal quietanza operi novazione, che il credito il quale permetteva di agire come venditore sia estinto e sostituito da un credito novello, di guisa che il creditore non potrà più nè esercitare il privilegio degli art. 2102 e 2103 nè domandar lo scioglimento del contratto? Se accettando i biglietti o dando la sua quietanza, il venditore si è spiegato nell'uno o nell'altro senso, non vi sarebbe dubbio; s'egli à dichiarato di riservarsi i suoi dritti di venditore o non liberarne il compratore che qualora i biglietti fossero pagati, è chiaro non esservi punto novazione, e se reciprocamente egli à formalmente abbandonato questi stessi dritti, la novazione esiste. Ma, se nulla egli à detto, se non àvvi nè abbandono espresso nè espressa riserva, talchè si sia nel *dubbio* sull'intenzione, che si dee mai decidere?

Taluni autori, e segnatamente il Duranton (XII-287), insegnano positivamente esservi novazione in questo caso... Ma egli è un grave errore. Poichè la quietanza, per ipotesi, non contiene esplicitamente nè riserva nè abbandono de' dritti del venditore, poichè àvvi luogo *al dubbio*, la novazione adunque non è *chiaramente stabilita*; ora il nostro articolo è scritto appunto per diro che in simil caso la novazione non esiste altrimenti. La novazione non si può mai presumere; è mestieri, in difetto di formale dichiarazione, che risulti forzosamente dalle circostanze. Or come dire che sia, non *probabile* (non basterebbe), ma *certo*, che questo venditore rinunzi, senz'averlo detto, alle sue più preziose garenzie per contentarsi unicamente de' biglietti che gli si danno? Non è, al contrario, cosa naturalissima di riconoscere, che questo venditore non à inteso accettar i biglietti che come modo di pagamento d'un debito che volea conservare più energico che fosse possibile, e che non intende liberare il suo compratore se non sotto la condizione affatto naturale dell'incasso de biglietti?

Questa verità è del resto consacrata, malgrado l'opposta osservazione del **Duranton**, da una giurisprudenza costante (1).

III. — 769. Se possono elevarsi dubbi sull'esistenza della novazione che si pretendesse essersi operata col mutamento del debito, possono elevarsene del pari in quanto alla novazione che si opera col mutamento di debitore. E di fermo, si comprende che, quando una nuova persona, sia di proprio moto, sia sulla presentazione del mio debitore, si obbliga verso di me al pagamento del mio credito, egli è fuor di dubbio che questo nuovo debitore sia preso da me *in luogo* dell'antico, il quale sarà così liberato mercè novazione; ma è ben possibile altresì che la mia intenzione sia d'averlo per obbligato *a un tempo* coll'antico debitore. Quì ancora, giusta il nostro articolo, i dubbi che esistessero nel punto di sapere se si sia inteso far una novazione, produrrebbero negazione della novazione, poichè fa d'uopo che questa novazione sia chiaramente stabilita.

Allorchè il nuovo debitore sostituito all'antico è venuto ad obbligarsi personalmente, si dice esservi *ex-promissione*. Quando per converso, è lo antico debitore che à presentato il nuovo al suo creditore, sia che questo nuovo debitore concorra coll'antico, sia che lo surroghi, la legge (art. 1275) dice esservi *delegazione*: questa delegazione è imperfetta, allorchè àvvi semplice concorso de' due

(1) Cass. 19 ag. 41; Poitiers 28 g. 23; Rig. arr. Metz. *conf.* 28 l. 23; Rouen 4 g. 25; Parigi 18 m. 25; rig. 15. gg. 23; Nancy 4. g. 27; Aix 24 ap. 27; Parigi 20 l. 31; Limoges 4 feb. 35; Amiens 1 s. 38; Tolosa 22 fr. 40; Cass. 22 gg. 41; Orléans 6 s. 42; Parigi 23 g., 13 e 18 n. 41; Caen, 3 g. 49; Parigi 13 l. 50. — Egli è da stupire che a fronte di questa uniformità di arresti il Duranton presenti la sua decisione come appoggiata dalla giurisprudenza, e che non citando di tanti arresti che uno, quello di cass. 22 gg. 41, lo indichi come conforme alla sua dottrina, quando appunto la condanna, annullando un arresto pronunziato in quel senso !!

debitori; è perfetta quando ci à sostituzione dell' uno all'altro, o quindi novazione. Quinci segue che la novazione per mutamento di debitore si opera o con l' ex promissione o con la delegazione perfetta.

Del resto, laddove la novazione per expromissione, ossia mercè la sostituzione d'un nuovo debitore venuto ad offrirsi da sè, resta sottomessa, come la novazione per semplice mutamento di debito e come quella che à luogo per mutamento di creditore, alla regola generale del nostro articolo, nel senso che deve ammettersi, semprechè risulti chiaramento dall' atto compiutosi fra le parti, la novazion per delegazione al contrario è sottomessa a una regola speciale e più rigorosa; onde si avveri, fa d' uopo che il creditore abbia manifestato, non più soltanto in modo chiaro, ma *espressamente*, la volontà d' avere il nuovo obbligato per solo debitore, non basta più che cotal volontà si trovi certa, è mestieri che sia espressa (art. 1975).

IV. — 770. Infino il cambiamento di creditore, se può presentare un caso di novazione, potrebbe presentare eziandio un caso di cessione, o di pagamento con surrogazione. Epperò l' art. 1271-3° esige, onde vi sia novazione, che la sostituzione d'un nuovo creditore all' antico si faccia con una nuova obbligazione da parte del debitore.

Ogni volta che il debitore non avrà consorso al mutamento del creditore, è chiaro non esservi dal canto suo nuova obbligazione, nè quindi novazione, sibbene una cessione del medesimo credito a un nuovo creditore, ovvero estinzione di questo credito col pagamento che ne fa colui il quale viene a sostituirsi al creditore primitivo. In tal caso, o quando il debitore resta siffattamente di fuori, non v' è luogo al dubbio, dacchè la novazione è affatto impossibile. Ma, quando questo debitore è intervenuto nell'atto ed à consentito a ciò che si è fatto, si comprende potervi esser dubbio sul punto di sapere, se la volontà di questo debitore sia stata soltanto di riconoscersi tenuto *per lo stesso debito* verso il nuovo creditore, ovvero abbia inteso costituirsi nuovo debitore di un debito simile, ma distinto.

È chiaro che i termini della convenzione potranno spesso dar lume su questa alternativa. Se per esempio è detto essere il debitore liberato dal suo debito di 600 fr. verso Pietro, mercè *il nuovo debito* di somma esatta *che contrae* verso Paolo, è ben evidente che àvvi novazione, o che le garenzie che potevano esistere a prò di Pietro non più esistono per Paolo. Ma non sempre le parti s' esprimeranno molto precisamente su ciò che intenderanno di fare, e nel dubbio si ricadrà sotto la regola del nostro articolo, il quale vuole che la novazione non si presuma, e i tribunali dovranno, pel solo effetto di questo dubbio, dichiarare che la novazione punto non esista.

V. — 771. Sembra a prima giunta che il punto di sapere, se un atto e le circostanze di fatto che lo accompagnano rivelino chiaramente la volontà di novare non è che una quistione d' intenzione, una valutazione di fatto, per la quale sarebbero quindi sovrane le corti d' appello e che mai non potrebbe venir censurata dalla Corte suprema. Tale è difatti la dottrina del Duranton (XII-284) e di un arresto della camera de' ricorsi (19 gg. 32).

Ma una matura attenzione par che debba condurre a una diversa idea. E di fermo, da un canto il nostro articolo pone come regola di dritto non doversi riconoscere come novazione se non quella che risulta chiaramento dall' atto, e così vieta d' ammettere quella che non apparisse d' un modo evidente; da un'altra banda, l'art. 1271 à cura di precisare le condizioni legali onde può effettuarsi la novazione. Quinci segue che, quando un arresto avrà riconosciuta la novazione in un caso in cui una almeno delle tre condizioni dell' art. 1271 non esisteva evidentemente, questo arresto avrà contravvenuto alla legge o violati gli articoli 1271 e 1273.

Ciò decide l' arresto *di cassazione* già citato, del 22 giugno 1811: « Atteso che, se appartiene alle corti reali di statuire sovranamente sulle circostanze di fatto che possono far conoscere l' intenzione delle parti e d' interpetrare il significato della lettera delle convenzioni, appartiene alla Corte suprema di statuir sull' applicazione fatta dagli arresti delle disposizioni della legge che dichiarano il carattere degli atti o determinano le condizioni a cui si dee riconoscere cotal carattere; atteso che la volontà di operar la novazione dee chiaramente risultare dall' atto; che l' art. 1271 enuncia le condizioni legali della novazione; che pertanto non basta che i giudici abbian dichiarato esister chiara la volontà di operare la novazione; che fa d' uopo dichiarino come la novazione siasi operata, e risulti evidente dall'atto che la posizione delle parti o la natura dell' obbligazioni sono state mutate in uno dei tre modi enunciati dalla legge; che in questo stato la Corte di cassazione à il dritto e il dovere di paragonar le dichiarazioni del giudice con le disposizioni dell' art. 1271; atteso che nella specie... ANNULLA. »

La camera de' ricorsi, che con questo ar

resto del 1841 avea già abbandonate, ammettendo il ricorso, le sue idee contrarie del 1832, consacrò dipoi la nostra dottrina il 19 agosto 1844. In quest' ultimo arresto pronunziò il rigetto, fondandosi non già, come avea fatto nel 1832, sul motivo che le interpetrazioni di volontà sfuggirebbero, in questa come in ogni altra materia, alla censura della Corte, ma al contrario su questo motivo: « che la Corte reale avea reso omaggio al principio che la novazione dee risultar chiaramente dalla convenzione, e che la volontà delle parti s' era ben manifestata in un de' tre modi che la legge determina per costituir la novazione (1) ».

1274 [1228]. **La novazione col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il concorso del primo.**

772. Poichè un terzo può ben estinguere l' obbligazione del debitore coll' esecuzione diretta, col pagamento, all' insaputa di questo debitore (articolo 1236), potrà dunque eziandio estinguerla a insaputa di lui mercè la novazione; giacchè il risultato è lo stesso per questo debitore in ambi i casi. Ma si è veduto, all' opposto, ed è affatto ragionevole, che la novazione, la quale può così farsi, al pari del pagamento, senza il consenso del debitore, non potrebbe mai farsi, come può invece il pagamento, senza il consenso del creditore (art. 1243). Ciò è evidentissimo, poichè la novazione è una convenzione fatta con esso il creditore.

Si sa che alla novazione siffattamente operata mercè un nuovo debitore, senza il concorso del precedente, si è dato il nome di *expromessione*.

1275 [1229]. La delegazione per cui un debitore assegna al creditore un altro debitore il quale si obbliga verso il creditore, non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatta la delegazione.

773. Si vede, come abbiam detto sull' art. 1273, che il Codice chiama delegazione ogni atto, onde il debitore dà al suo creditore un nuovo debitore, sia che il creditore lo accetti come unico obbligato, in luogo dell'antico, sia come coobligato, talchè non liberi il primo; per guisa che vuolsi distinguere oggidì la delegazione che opera novazione e quella che non ne opera. Tal non era il senso della parola delegazione a Roma e nel nostro dritto antico; esprimeva soltanto il caso in cui vi à novazione, in cui l' antico debitore ne dà un novello in sua vece (Pothier, n.° 564). Del rimanente è un affar di parole e nulla più.

Noi abbiamo già fatto notare che, onde vi sia novazione per delegazione, non basta, come negli altri casi, che la volontà evidente delle parti sia manifestata da una clausola qualunque; è mestieri che il consenso del creditore di contentarsi del nuovo debitore sia espresso. La legge senza dubbio à pensato, che in questo caso più che negli altri, v' era luogo di dubitare che i giudici si lasciassero andare troppo di leggieri a riconoscere l' intenzione di novare; e non si è contentata per questo caso della regola generale dell' art. 1273.

Poco monta che la persona la quale viene ad obbligarsi invece del primo debitore, ossia la persona *delegata*, fosse o no la debitrice di costui (il *delegante*) per quello a cui s'obbliga verso il creditore. Solamente, quando il delegato dovea così al delegante ciò che viene a promettere al creditore, la delegazione à questo di particolare, che opera due novazioni a un tempo, o, se si preferisca, una novazione che estingua due debiti, l' uno col mutamento di debitore, l'altro col mutamento di creditore. Ed abbiam veduto (art. 1271 *in fine*) che ciò che è detto per due obbligazioni può benissimo aver luogo per un numero maggiore.

774. Ancor quando il delegato fosse venuto ad obbligarsi, perchè si credeva debitore del delegante, e si riconoscesse poi che il costui preteso credito punto non esisteva, la novazione al pari dell' obbligazione del delegato esisterebbe pur sempre; giacchè l'obbligazione che questo delegato à contratta à avuto per causa, non l' esistenza del suo preteso debito verso il delegante, sibbene l' estinzione del debito di questo delegante verso il creditore (art. 1108, n.° 5): ciò che qui avuuisce à potuto essere il motivo del contratto, ma non ne è stato la causa; or solamente il manco di causa rende nulla l' obbligazione. È ben evidente, del resto, che il delegato divieno allora creditore del delegante per la somma di cui lo à liberato, e per la quale à così fatto l' affare di lui.

Se poi si trovasse inesistente l'obbligazione del delegante verso il creditore, è chiaro

(1) Dev. 45, 2, 40. — Si vede che le due camere della Corte suprema son concordi su questo punto, e che il Duranton commette anche qui un grave errore, quando nell' ultima sua edizione presenta l' arresto del 1832 come espressione della giurisprudenza attuale della Corte.

che la novazione sarebbe non avvenuta, e che quindi l' obbligazione contratta dal delegato sarebbe nulla per manco di causa.

1276 [1230] **Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro questo debitore, se il delegato diviene insolvibile, purchè l'atto non contenga una riserva espressa, o che il delegato non fosse di già apertamente fallito o prossimo a fallire al momento della delegazione.**

775. L' insolvibilità della persona che il creditore accetta espressamente per debitore invece del debitore primitivo non dà luogo a verun regresso a favor del creditore contro questo debitore primitivo: avendo pur voluto il creditore accettare il nuovo debito, varrà quel che varrà, ciò riguarda pur lui. Tal è il principio; ma sarà altrimenti, benintteso, se il creditore à avuto cura di stipulare questo regresso; chè la novazione aver debbe il suo effetto qui come dappertutto. Avvi anzi un secondo caso in cui la legge, posta la gravità delle circostanze, accorda essa medesima il regresso al creditore che non lo à punto stipulato: ed è quando il delegato, nel momento stesso della delegazione, era già fallito o decotto. La legge pensa che, se il creditore non si à riservato il regresso in questo caso, è perchè non conosceva lo stato del delegato, e glielo dà di pieno dritto.

Del resto, sia nel caso di convenzione a tal riguardo, sia nel caso di fallimento o di decozione, il regresso del creditore non dee confondersi con la nullità della novazione. Il creditore potrà domandare al suo antico debitore un' indennità pel torto che gli reca l'inadempimento dell' obbligazione del delegato, inadempimento di cui è stata imposta la responsabilità a questo antico debitore, sia colla convenzione medesima, sia dalla legge; ma il creditore non ritroverà punto il suo antico credito cogli accessori che poteano garentirlo: questo antico eredito rimane estinto, e la novazione sussiste; precisamente perchè l' antico eredito rimane estinto àvvi luogo a un ricorso per indennità.

Egli è patente però che questa nullità della novazione, la quale non risulta da una semplice convenzione di regresso, potrebbe benissimo risultare da una convenzione *ad hoc*, mercè la quale la novazione fosse condizionale. Il creditore, in cambio di stipulare soltanto, che nel caso d' insolvibilità del delegato, potrà ricorrere contro il delegante, può benissimo sottomettere la novazione alla condizione sospensiva della solvibilità del delegato o alla condizione risolutiva della sua insolvibilità.

1277 [1231]. **La semplice delegazione fatta dal debitore, d'una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.**

Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, d'una persona che debba per lui ricevere.

776. L' indicazione, che fa un creditore o un debitore, di un mandatario per ricevere o pagare in vece sua e in suo nome, non è mica un cambiamento di debitore o di creditore, epperò non può operar novazione. Una tale idea era di fermo troppo evidente, nè facea mestiere formarne un articolo di legge.

Senzachè, essendo questo art. 1277, come gli articoli 1271 a 1275, relativo alla quistione di sapere, quando vi sia novazione, come si formi, laddove lo articolo precedente s' occupa, come gli articoli 1278 a 1281, degli effetti della novazione, il nostro articolo (ancorchè presentasse alcuna utilità, il che non è), non istarebbe qui punto a suo luogo e dovrebbe riportarsi prima del 1276.

Meglio era, come si fa aperto, sopprimere questa disposizione: nulla sarebbe stato mutato in quanto al senso; e l' andamento della sezione sarebbe stato metodico, presentando in una prima parte gli elementi produttivi della novazione, e nella seconda gli effetti della novazione una volta prodotta.

1278 [1232] **I privilegii e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva.**

1279 [1233]. **Quando la novazione si effettua per la sostituzione di un nuovo debitore, i privilegii e le ipoteche primitive del creditore non possono ritenersi trasferite sui beni del nuovo debitore.**

SOMMARIO.

I. L'effetto della novazione è di estinguere il debito e tutti i suoi accessori.

II. Ma la legge, per eccezione, permette di trasportare sul nuovo credito i privilegi e le ipoteche dell' antico, quando il debitore è lo stesso. L' antica ipoteca non può benintteso conservare il suo effetto che nell' estensione del debito più piccolo fra' due.

III. Questa riserva dell' antica ipoteca, quando la novazione è fatta da un nuovo debitore non à effetto che mercè il concorso del debitore proprietario de' beni ipotecati. Confutazione della

dottrina di Toullier, Duranton e Zachariae. Osservazioni sulla dottrina di Demante

I. — 777. L'effetto della novazione, di cui si occupano questi due articoli e i seguenti sino alla fine della sezione, ci è già nota: è quello di estinguere l'obbligazione, come farebbe il pagamento medesimo; e le regole qui scritte nel Codice non posson essere che conseguenze di siffatto principio, o eccezioni arrecatevi.

Con la novazione adunque l'obbligazione è estinta. Onde, se si tratta d'un debito solidale, tutt' i condebitori son liberati, sia che la novazione sia stata fatta (cioè la nuova obbligazione contratta) da più fra essi, sia che da un solo o da un terzo (art. 1281, com. 1). Se il debito fosse garentito da fideiussori, costoro son liberati a un tempo col debitore principale (*ivi*, com. 2), da qualunque persona parimenti sia stata fatta la novazione, fosse anco da un de' fideiussori, purchè, beninteso, la novazione sia caduta sovresso il debito, e non sulla fideiussione soltanto; chè, se si fosse inteso non novare che l'obbligazione accessoria, è ben chiaro che l'obbligazione principale sussisterebbe, e converrebbe ancora esaminare, se l'obbligazione di tutt' i fideiussori siasi inteso estinguere o solo quella del tal fideiussore, di quello, per esempio, che à operata la novazione. Se infine si tratti d'un debito privilegiato o ipotecario, è chiaro che la novazione farà cadere i privilegi o le ipoteche che garentiscono il debito, insieme al debito medesimo.

II. — 778. Tuttavia, l'art. 1278 arreca a quest' ultima regola, e quindi agli stessi principî generali, una notevole eccezione. Riproducendo qui una regola del nostro dritto antico e del dritto romano (Pothier, n° 363, art. 5), permette alle parti di trasferire sul nuovo debito i privilegi o le ipoteche dell' antico, purchè la riserva del creditore a tal riguardo sia espressa. Così, quando noi convenghiamo nel 1840 che in luogo d'un capitale di 30,000 fr. che voi mi dovevate ipotecariamente dal 1835, mi dovrete oggimai una rendita perpetua, al 5 per 100, di 1,500 fr., e che questo nuovo debito sarà garentito, non da una nuova ipoteca, ma da quella del mio precedente credito, questa stipolazione, tuttochè esorbitante del dritto comune, avrà pieno effetto, se è stata formalmente espressa; e la mia rendita, costituita non prima del 1840, si troverà protetta da un' ipoteca del 1835, mercè la quale io avrò prelazione su' vostri creditori ipotecari del 1837 e degli altri anni intermedi. Questi creditori intermedi fra le due epoche non posson dire che tal risultato sia contro l'equità rispetto ad essi; imperocchè che importa loro che l'ipoteca la quale precede la loro s' applichi al tale o al tal altro debito, non avendo in un caso maggior effetto che nell' altro?

Diciamo che l'ipoteca non può qui avere maggior effetto, maggiore estensione pel secondo debito di quel che aveva pel primo. È ben chiaro, difatti, che se il novello debito fosse più forte dell' antico; se per esempio fosse un debito condizionale di 50,000 fr. sostituito a un debito puro e semplice di 30,000, l'ipoteca di questo novello debito non potrebbe conservare il grado del 1835 che fino a 30,000 fr., e soltanto si potrebbe per l'eccedente costituire una nuova ipoteca, che prenderebbe grado della sua data giusta le regole ordinarie. Che fosse il debito antico più forte del nuovo, è evidente che l'ipoteca non sarebbe conservata che per la cifra di questo debito; giacchè l'ipoteca non può mai esser più estesa del credito che garentisce e l'accessorio non può più esistere dove finisce il principale.

779. Se il Codice à permesso, come faceva l'antico nostro dritto, di così mantenere alla sua antica data il privilegio o l'ipoteca che garentisce il nuovo debito, quando il debitore è lo stesso in ambe le obbligazioni, è chiaro che non si poteva permettere a un nuovo debitore di consentir su' suoi beni un' ipoteca che rimonti alla data di quella, chè la derogazione al dritto comune, spinta a tal punto, sarebbe stata troppo strana, sarebbe stata d'altronde sommamente lesiva dell' equità ed avrebbe schiuso largo adito alla frode, permettendo a un debitore di annientare a sua parte i dritti de' suoi creditori ipotecari. Epperò l'art. 1279 dichiara impossibile questo trasferimento degli antichi privilegi e ipoteche su' beni d'un nuovo debitore. Questo nuovo debitore può solo consentire un' ipoteca ordinaria che prenda grado alla data dell' iscrizione.

III. — 780. Ma, se l'ipoteca del primo debito non può esser trasferita col suo grado primitivo sui beni del debitore novello, può almeno, in questo caso, esser mantenuta su' beni dell' antico debitore, per la volontà del creditore e del nuovo debitore, e senza il consenso del precedente? Toullier (XII-312), Duranton (XII-311) e Zachariae (II) rispondono affermativamente, e fondati sul motivo, che l'art. 1278 fa risultare il trasferimento delle antiche ipoteche a favore del nuovo credito, dalla semplice riserva che dichiara di farne il creditore, riserva la quale può egualmente esser fatta senza il concorso del primo debitore. Questo è,

secondo noi, un errore certo, e che respingeranno quanti ricercano, non ciò che il Codice avrebbe dovuto fare, ma ciò che à voluto fare e ciò che à fatto.

Senza dubbio, l' art. 1278 non esige che una riserva fatta dal creditore; ma evidentemente si tratta d' una riserva accettata dal debitore, talchè v' abbia convenzione fra le parti. Se un debitore può, senza la sua venia, veder operarsi una novazione che lo libera completamente (art. 1274), non la è di fermo una ragione onde possa eziandio, pur senza questo assenso, veder i suoi beni ipotecati al debito d' un altro. Se i redattori non àn detto nell' art. 1278 che trattavasi di una riserva fatta col debitore, è appunto perchè non iscriveano questo articolo che nell' ipotesi d' una novazione fatta con lo stesso debitore, per non occuparsi della novazione fatta con un novello debitore che nell' articolo seguente. La prova di ciò si trova nell' esposizione de' motivi al corpo legislativo, in cui il commissario dichiara che « perchè l' antica ipoteca sia trasferita giusta questo articolo, *conviene che il debitore* **RESTI LO STESSO.** »

Dunque come l' art. 1279 non parla che della novazione fatta con un nuovo debitore, l' art. 1279 non intende parlar che della novazione fatta con l' antico debitore, e per conseguenza di una riserva necessariamente accettata da lui, poichè con lui si fa la convenzione. Sicchè *il testo* dell' art. 1278, che sembra dapprima favorevole al sistema che combattiamo e permette il mantenimento delle antiche ipoteche mercè *qualunque riserva* del creditore, è realmente muto sulla quistione o non intende parlare che della **riserva *fatta col debitore*.** Onde la quistione **rimane** intatta a fronte del testo della legge, e dee decidersi giusta il suo spirito.

Or questo spirito ci sembra manifestarsi chiaramente dalle due seguenti considerazioni. — Innanzi tratto, l' attribuzione d' ipoteche antiche a un credito nuovo essendo un effetto esorbitante dal dritto comuno, ne segue che il legislatore non à potuto volerla ammettere fuori delle condizioni da lui prevedute, nè intendere che potesse estendersi dal caso ch' egli suppone a un altro sfatto diverso, cioè dal caso in cui il debitore consente a quello in cui non consente. — Da un' altra banda, e ciò sembraci perentorio, il Pothier, dopo aver detto che il creditore può trasferire sul secondo debito le ipoteche del primo, fa osservare che questo trasferimento non può mai farsi senza il consenso della persona a cui appartengono i beni ipotecati, o soggiunge che « secondo questi principi, se uno fra più debitori solidali fa una novazione del debito con riserva delle ipoteche, questa riserva non può aver effetto che per le ipoteche de' beni di esso debitore, e non per quelle de' beni de' suoi condebitori. » (ivi) Or questa ultima regola, la quale è una mera applicazione del principio della necessità del consenso del debitore a cui appartengono i beni, e che Pothier presentava esplicitamente come tale, è riprodotta per disteso dall' art. 1280! Se il Codice adotta la conseguenza, è dunque perchè ammette il principio... Dippiù, il Codice avrebbe potuto rigettare quest' ultima dottrina di Pothier, senza rigettare perciò il principio. Imperocchè dall' aver dato effetto, sui beni di tutti i condebitori solidali, alla riserva d' ipoteche consentite da uno di questi debitori, non ne seguirebbe già che si fosse inteso dar il medesimo effetto alla riserva consentita da un individuo estraneo al debito; postochè ciascun debitore solidale può dare certi consensi a nome dei suoi condebitori, e trovasi loro mandatario *ad perpetuandam obligationem*. Se dunque la legge ammette la dottrina di Pothier, anche in questo caso di debitori solidali, l' errore di Toullier, Duranton e Zachariae si trova dimostrato *a fortiori*.

Sicchè, in riassunto, la riserva delle antiche ipoteche fatta dal creditore produce il suo effetto pe' beni dei debitore; quando con lui si fa il contratto di novazione; giacchè è questo il caso dell' art. 1278. E lo produce eziandio allorchè, essendo il contratto fatto con un condebitore o con un terzo, il debitore proprietario de' beni interviene a questo contratto, per accettare la detta riserva; chè, se non più il caso preveduto dall' art. 1278, le condizioni voluto da questo articolo esistono nondimanco. Ma è inefficace ogni qual volta il debitore non le dà il suo assenso, sia che la novazione si faccia per mezzo d' un condebitore, sia che d'un terzo; giacchè l' art. 1280 la rende allora inefficace, testualmente pel primo caso, è per argomento *a fortiori* pel secondo.

781. Del resto, se il trasferimento, sul nuovo credito, dell' ipoteca dell' antico non può operarsi senza il consenso del debitore su' beni del quale cade l' ipoteca, la non è punto una ragione per dire, come fa il Demante (*Progr.* II-714) che sia *una novella costituzione* d' ipoteca. Ei non v' à altrimenti nuova costituzione d' ipoteca, ma solo *continuazione*, pel favore eccezionale della legge, di un' ipoteca che, nel rigor de' principi, dovrebbe estinguersi. E quest' osservazione non è senza importanza; chè, se vi fosse costituzione d' ipoteca, sarebbe necessario un atto notariale (art. 2127), lad-

dove per la semplice continuazione d' ipoteca di cui trattasi basterà il consenso del proprietario de' beni ipotecati, comunque si trovi manifestato. Tutto che si richiede allora è che questo consenso intervenga nel momento stesso che si compie la novazione; dappoichè più tardi non potrebbe più produrre effetto: una volta compiuta la novazione, l' antica ipoteca sarebbe estinta, e soltanto sen potrebbe *costituire* una nuova nelle forme ordinarie.

1280 [1234] Se la novazione si effettua tra il creditore ed uno dei debitori solidali, i privilegi e le ipoteche del credito anteriore non possono essere riservate che sui beni di quello che contrae il nuovo debito.

782. Gli svolgimenti porti sotto l' articolo precedente danno la spiegazione di questo, e fan comprendere che le ultime parole di questa disposizione non van mica intese in un senso assoluto. E di fermo, non sarebbe necessario, onde vi fosse conservazione delle ipoteche sui beni de'diversi debitori, che costoro venissero *a contrarre il nuovo debito*; basterebbe che intervenissero nel contratto di novazione *per consentire al trasferimento di queste ipoteche.* La fine dell' articolo non è rigorossmente vera, la riserva delle ipoteche è impossibile su' beni di coloro che non contraggono il nuovo debito allora soltanto che la novazione si compie *senz' alcun loro concorso*, e che non v' è dal canto di essi nè sottomissione al nuovo debito nè consenso alla conservazione delle antiche ipoteche. In questo senso, di assoluta mancanza di concorso de'debitori, deve intendersi il cominciamento dell' articolo.

1281 [1235]. Mediante la novazione fatta tra il creditore, ed uno dei debitori solidali, i condebitori restano liberati.

La novazione seguita relativamente al debitore principale libera i fidejussori.

Nondimeno, se il creditore, nel primo caso, esiga l'adesione dei condebitori, o se nel secondo, quella dei fidejussori, e che quelli o questi ricusino di accedere alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore.

783. Niuna difficoltà presenta questo articolo. I due primi commi trovasi spiegati dal n.° 1 sull' art. 1279. In quanto all'ultimo, è ben chiaro che, se il creditore non à consentita la novazione, se non sotto la condizione che i condebitori solidali o i fideiussori accedessero al nuovo debito, e se la condizione non si avvera, non ci à punto novazione, e il primo credito sussiste tuttavia tal qual' era; se, per contra, i condebitori o i fideiussori vengono ad accedere al nuovo debito, la condizione s' avvera, e la novazione trovasi perfetta.

784. Lo stesso sarà, secondo noi, se la novazione operata fra il creditore e un nuovo debitore, o un de' debitori solidali, non fosse stata consentita se non sotto la condizione che questo antico debitore o questi debitori solidali consentissero al trasferimento sul nuovo credito, delle ipoteche esistenti su' beni a favor dell' antico: se il consenso non è dato, la condizione apposta alla novazione non avverandosi, la novazione sarà come non avvenuta; se il consenso interviene, la novazion si compierà.

Vero è che a ciò potrebbe farsi un' obbiezione: si potrebbe dire, che ogni condizione apposta ad una convenzione retroagendo al giorno stesso della convenzione, la novazione fatta sotto la condizione del consenso da darsi pel mantenimento delle antiche ipoteche si troverebbe, col soggiungere di questo consenso, essersi compiuta prima del consenso dato; ora, si aggiungerebbe, avendo questa novazione operato immediatamente l' estinzione del debito e de' suoi accessori e quindi quella delle antiche ipoteche,il consenso posteriormente dato pel mantenimento di queste ipoteche sarebbe dunque senza effetto, attesochè questo consenso attuerebbe l'*annichilamento* delle ipoteche per la *conservazione* delle quali sarebbe dato... Ma la è una sottigliezza inammessibile. Conciossiachè la convenzione di novazione fatta nel caso onde trattasi si trova sottomessa, per la natura stessa delle cose, per la volontà tacita, ma evidente, delle parti, non pure ad una condizione, sibbene a un termine eziandio; il senso di questa convenzione è che la novazione *si compierà* QUANDO il consenso al mantenimento delle antiche ipoteche sarà dato, posto che sia dato. Così compresa, la novazione non si compie che al momento in cui interviene il consenso relativo alle ipoteche, epperò questo consenso produce il suo effetto. E domandando questa interpetrazione dell' atto non solamente i principî della ragione e dell' equità, ma altresì questa regola del dritto positivo, che vuole s' intenda sempre una disposizione nel senso secondo cui dee aver effetto, piuttosto che nel senso a tenor del quale l' effetto sarebbe impossibile.

785. Ad ogni modo non è necessario, onde la novazione sia riguardata come condizionale,

che il creditore abbia usata la congiunzione *se*, dichiarando che vi sarebbe novazione so il tal fatto si avverasse; basta, come dice il nostro articolo, ch' egli abbia esatta l'attuazione del fatto. Sicchè, quando il creditore dichiara di accettare l'obbligazione di Pietro in sostituzione di quella di Paolo, ma sotto la riserva delle antiche ipoteche, o coll'accessione degli antichi fideiussori, la novazione sarà condizionale nè più nè meno che se si fosse detto: « Se le antiche ipoteche saran mantenute; » ovvero: « se gli antichi fideiussori accederanno al nuovo debito. » Di fermo, al pensiero, non alle parole, è da porre mente.

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO.

786. Il terzo modo di estinzione d'un' obbligazione è la remissione che ne fa il creditore, ossia la rinunzia al suo credito.

Senza dubbio àvvi pure, in un certo senso, remissione del debito nei casi di pagamento e di novazione, postochè il creditore, mediante il pagamento che riceve o la nuova obbligazione che accetta in luogo dell' antica, libera il suo debitore, e quindi *gli rimette* la sua obbligazione. Ma allora la liberazione del debitore trova la sua causa, non già in un abbandono fatto del suo dritto dal creditore, non immediatamente nella costui volontà; sibbene nel fatto stesso della novazione o del pagamento: la legge, la ragione, la forza delle cose ci presentano allora la liberazione come una consegnenza indeclinabile della sostituzione de' debiti o dell' esecuzione dell' obbligazione; e, se è vero che per la novazione si richiede il consenso del creditore (che non è necessario, già si sa, pel pagamento), è vero altresì che questo consenso non ingenera immediate se non la novazione, la quale ingenera a sua volta la liberazione del debitore. Qui, per contra, la liberazione segue immediate e direttamente per la volontà del creditore di liberare il suo debitore; il debito si estingue unicamente perchè piace al creditore di liberare il suo debitore; la rinunzia di quello è la sola causa generatrice della liberazione, e ci à veramente estinzione per semplice remissione del debito.

787. Ma, se *la remissione di debito* propriamente detta, e della quale qui trattasi, è soltanto quella che risulta dalla mera volontà del creditore di francar il suo debitore senza che preceda nè pagamento nè novazione, non segue punto da ciò potersi dire, come fanno il Delvincourt (nota 1 della sezione 3) e il Pothier medesimo (cap. 3 *passim*) che questa remissione sia sempre fatta a titolo gratuito. Indubitatamente spesso avrà luogo a tal guisa; ma può benissimo anche esser fatta a titolo oneroso. Così, quando io vi libero del vostro debito di 500 fr. perchè voi stesso liberate me dell' obbligazione in cui era di far per voi il tal viaggio, è chiaro che niuna di queste due remissioni è gratuita, essendo fatta ciascuna in ragione del vantaggio che il suo autore ottiene dall' altra parte.

Allorchè è fatta gratuitamente, la remission di debito, costituisce evidentemente una liberalità che invero non è sottomessa alle regole *di forma* richieste per le donazioni (art. 931-1°), posciachè non è altrimenti una donazione, ma non può esser dispensata dalle diverse regole *di sostanza* che reggon tutt' i vantaggi gratuiti; di guisa che converrà applicare a questo caso i principî fermati dal Codice sulla riduzione alla disponibile, sulla collazione alla successione e sulla capacità di donare e di ricevere. Del resto, se la remissione gratuita non dee necessariamente farsi nella forma delle donazioni, è ben chiaro che può farsi in questa come in ogni altra forma. Diciamo la remissione di debito non essere una donazione. Ed è evidente, stantechè consiste, non nell' attribuzione e nella trasmissione d'un dritto, ma all' incontro nell' annichilamento di questo dritto, nella rinunzia che ne fa il proprietario. Il creditore in diffinitiva arricchisce il debitore impoverendo sè medesimo, e gli procura realmente un vantaggio con suo detrimento (perciò son da applicare le regole di riduzione, di collazione ec.); ma è chiaro non esservi alcun trasferimento di dritto, alcuna *datio*.

788. La remissione può farsi espressamente e tacitamente; ma non è già da dire, col Demante (*Progr.* II num. 743, 744) che non possa risultare *se non da una convenzione* espressa o tacita, e che la parola *remissione* sia un sinonimo di *liberazione convenzionale*. Certo la remissione o liberazione sarà spesso convenzionale; ma nol sarà sempre. Anche dal caso in fuori di abdicazione semplice e assoluta, di cui più innanzi tratteremo, la remissione può benissimo risultare da un testamento, un creditore può per fermo legare al suo debitore la liberazione di lui; or un testamento non costituisce punto una convenzione.

Il Delvincourt (sez. 3, com. 3) cade in un altro errore quando presenta la remissione *espressa* come costituente la remissione *convenzionale*, per opporla alla remissione *tacita*, chè da una banda la remissione può essere espressa senza risultare da una convenzione, giacchè può venire da un testamento in cui

fosse conceduta nel modo più formale; e da un altro canto la remissione tacita sarà convenzionale nè più nè meno che la espressa, potendo i fatti e le circostanze onde risulta rivelar l'accordo del creditore e del debitore così come farebbe la clausola più esplicita.

789. La è una quistione da gran tempo controversa quella di sapere, se la remissione del debito possa effettuarsi, se il debito estinguersi per la sola volontà del creditore, ovvero sia indispensabile che questa remissione del creditore venga accettata dal debitore, perchè produca il suo effetto. Per l'affermativa dicesi, che ciascuno è libero di ripudiare ed abdicare i dritti che gli appartengono; che si può quindi abdicare un dritto di credito come ogni altro; che d'altra parte, niun debito potendo esistere senza un credito correlativo, l'abdicazione che fa del suo credito il creditore e che estingue esso credito, trae seco necessariamente, *ipso facto*, l'estinzione del debito. Tal'era la dottrina di Barbeyrac... A ciò la piupparte degli altri autori rispondono che, quando un creditore dichiara al suo debitore di rimettergli il suo debito, non bisogna vedere in siffatta dichiarazione un'abdicazione assoluta, ma un abbandono puramente relativo al debitore, abbandono che quindi trovasi naturalmente subordinato all'assenso di questo debitore; in altri termini vi si à a vedere un dono fatto al debitore, dono che non può valere senza la costui accettazione.

Egli è aperto, non esser già queste due dottrine contradittorie, l'una delle quali sia di necessità falsa e inammessibile; entrambe son vere del pari, e sarà da seguire or l'una, or l'altra, secondo i casi e giusta una distinzione di fatto da ricercarsi nelle circostanze. S'egli è riconosciuto che il creditore non à ripudiato il suo dritto che per benevolenza verso il debitore e per procacciargli un vantaggio, è manifesto che si richiede da parte di quest'ultimo l'accettazione della liberalità. La volontà del creditore trovasi subordinata alla volontà conforme del debitore, e l'estinzione del credito e del debito non può attuarsi che col mutuo consenso, con una convenzione.

E, beninteso, sarà questa la supposizione ordinaria; l'opposta idea d'un'obbligazione pura e semplice, assoluta, e fatta dal creditore nel solo fine di spogliarsi del suo dritto, non potrebbe ammettersi che qualora si rivelasse o con una dichiarazione esplicita del creditore all'uopo, o con peculiari circostanze. Ma, se questa dichiarazione o queste circostanze esistessero; se il pensiero d'un'abdicazione assoluta, rarissima ne'nostri costumi, fosse riconosciuto dal giudice del fatto, è chiaro che vi sarebbe allora rinunzia unilaterale, che opererebbe il suo effetto *ipso facto*, senza convenzione, ad insaputa e anzi contro la volontà del debitore.

V. — 790. Sicchè, sia nel caso, frequente anzichè no, di testamento, sia nel caso rarissimo d'abdicazione assoluta, espressa o tacita, vi sarà remissione ed estinzione del debito senz'alcuna convenzione. In tutti gli altri casi, con la stessa convenzione delle parti si attuerà la remissione, e, salvo l'effetto delle regole particolari che sono state o saranno spiegate nelle materie rispettive, non accade preoccuparsi di sapere, se questa convenzione si presenti come costituente una transazione o un mutuo dissenso, o nella tale o tal'altra circostanza.

Laonde, come non basta più la capacità ordinaria di contrattare e si richiede la capacità di donare (nel creditore) e di ricevere (nel debitore), quando la remissione fassi gratuitamente, così si richiede evidentemente la capacità di transigere, se questa remissione si fa per via di transazione.

Analoghe osservazioni son da fare pel caso di mutuo dissenso, val dire che si applicheran qui, come altrove, le regole del nostro dritto moderno sugli effetti del consenso.

È pertanto il mutuo dissenso delle parti, ossia il loro comune accordo di rifarsi su una precedente convenzione e metterla nel nulla, avrà sempre effetto, quale che siasi la convenzione anteriore, invece di veder la sua efficacia ridotta, come, presso i Romani, alla tal classe speciale di contratti (1); ma questo effetto, pel risultato indeclinabile de'nuovi principî del Codice, non potrà sempre produrre le medesime estinzioni d'obbligazione che avrebbe prodotto a Roma e nel nostro dritto antico. Per esempio, se, dopo avervi venduta la mia casa per 50,000 fr., noi conveniamo, innanzi di consegnar l'immobile e di pagar il prezzo, che terre-

(1) Si sa che a Roma i quattro contratti consensuali (la vendita, la locazione, la società e il mandato), i soli che potessero formarsi col mero consenso, eran pure i soli che il mero dissenso potesse discioglière, secondo il principio che un legame dev'essere infranto dalla stessa causa che lo produsse: che pertanto, ad operare la remissione d'un'obbligazione formatasi *verbis*, facea d'uopo discioglierla *verbis*, con le parole dell'accettilazione; e che, per quelle provvenienti da un contratto reale o letterale, si novavano con una stipulazione che le trasformava in obbligazioni *verbali*, per poi estinguerle *verbalmente*, con lo stesso mezzo dell'accettilazione (Inst. l. 3, t. 22, e t. 29, §§ 1 e 4).

mo la vendita per non avvenuta, vi sarà bene in questo mutuo diassenso remissione della mia obbligazione di consegnarvi la casa e della vostra di pagarmi i 50,000 fr.; ma è ben chiaro che non potrà esservi, come prima del Codice, remissione dell'obbligazione di trasferirvi la proprietà della casa, per la ragione semplicissima che questa obbligazione non può esistere, dacchè il trasferimento di proprietà, che un tempo ne sarebbe stato l'obbietto, si è attuato dal Codice in qua per l'effetto immediato della vendita, pel fatto stesso della prima convenzione (art. 1138, 1583). Non sarebbe dunque, come un tempo, la risoluzione e l'annientamento del primo contratto, *distractus primi contractus;* ma sarebbe veramente un secondo contratto, che si aggiungerebbe al al primo, e che, in luogo di *estinguere* per me un'obbligazione di trasferir la proprietà, la farebbe *nascere* per voi, o piuttosto opererebbe, immediatamente e pel solo effetto della nostra nuova convenzione, il trasferimento, sul mio capo, della proprietà che la vendita avea prima trasferita sul vostro... Lungi che voi siate in tal caso reputato non istato mai proprietario, rimarrebbe vero che voi lo siete stato dalla prima convenzione, e che io lo sono divenuto con la seconda; lungi di poter dire che non vi è stato *alcun* trasferimento di proprietà, essendo il primo come non avvenuto, sarebbe vero esservene stati *due*; il che avrebbe delle conseguenze pratiche importantissime, sia pe'dritti di mutazione (i quali, anzichè non esser dovuti, dovrebbero al contrario pagarsi due volte), sia per le ipoteche che si fossero stabilite in nome vostro nell'intervallo delle due convenzioni (ipoteche le quali sussisterebbono tuttavia).

Ma si comprende che in tutto ciò non àvvi nulla di particolare alla nostra materia della *remission del debito*, e che le osservazioni,affatto incidenti, che abbiam presentate, non sono che le conseguenze onninamente naturali di principî ad altre materie appartenenti.

791. — I redattori del Codice àn pensato senza dubbio che non poteva esservi difficoltà nè sull'esistenza della remissione *espressa* (perchè s'annunzia co'termini stessi del testamento o della convenzione (nè sull'effetto *generale ed ordinario* della remissione espressa o tacita) perchè questo effetto consiste semplicemente nell'estinzione del debito). Epperò il Codice in questa sezione si tace su i detti due punti, e solo si occupa di spiegare 1° quando vi sarà remissione *tacita* (art. 1282, 1283, 1286), e 2° qual sarà l'effetto della remissione, espressa o tacita *nel caso particolare in cui fosse fatta od uno fra più coobbligati* (art. 1284, 1285, 1287, 1288). Eppure vedremo di breve che tratta questi due punti poco completamente; di guisa che, lasciando anche stare certi altri vizî di redazione, la nostra sezione merita soprattutto il rimprovero d'un laconismo inescusabile.

§ 1°.

Quando evvi remissione tacita.

1282 [1236]. La volontaria consegna della scrittura originale dell'obbligo sotto firma privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la pruova della liberazione.

1283 [1237]. La consegna volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura d'obbligo fa presumere la remissione del debito o il pagamento, senza pregiudizio della pruova in contrario.

SOMMARIO.

I. La restituzione del titolo prova perentoriamente la liberazione, o la fa presumere sino a prova contraria, secondo che à per obbietto o l'originale medesimo o la spedizione del titolo.
II. Il possesso del titolo presso il debitore fa presumere sino a prova contraria una restituzione consentita dal creditore.
III. La prova contraria può in amdi i casi farsi con qualunque mezzo.
IV. Le presunzioni di liberazione onde trattasi sono presunzioni di pagamento anzichè di remissione. Non si ammetterà la semplice remissione che quando sarà conosciuta dal debitore o provato dal creditore. — Quest'ultimo potrà provarla sempre. Errore dello Zachariae.

I. — 792. Il legislatore à forse avuto torto, in una sezione in cui la parola *remissione* è consacrata ad esprimere l'estinzione del debito, di usarla per significare la restituzione o consegna che il creditore fa al debitore del titolo che fa prova del credito (art. 1282, 1283) o della cosa statagli data in pegno (art. 1286). Checchè ne sia, da'nostri due articoli risulta che questa restituzione del titolo, allorchè è stata volontaria da parte del creditore, stabilisce perentoriamente e senza possibilità della prova contraria, la liberazione del debitore, quando si tratta d'un titolo originale in forma privata; e la fa presumere sino a prova contraria, quando trattasi della copia di prima edizione d'un titolo autentico. Avvi dunque, nel primo caso, la presunzione legale chiamata *juris et de jure*, contro la quale non si ammette prova; e nel secondo una sem-

plice presunzione *juris* che la prova contraria può far cadere.

Ma che si deciderebbe mai, se il titolo volontariamente reso al debitore dal creditore non fosse nè un originale in forma privata nè una copia autentica, ma un originale autentico, un atto in brevetto, ossia del quale il notaio non à conservata minuta?... Egli è di fermo tanto più strano veder omesso questo caso dal testo del Codice (ed è un nuovo appunto da farsi a' redattori) in quanto il Pothier, che è stato seguito a passo a passo quì come in tutto il resto del nostro titolo, avea preso cura di parlare e del biglietto privato e del brevetto: « se il creditore, dice egli, à restituito al debitore il suo biglietto *o il brevetto d'obbligazione*, si presume avergli rimesso il debito » (§ 2, com. 1.°), e più oltre: « ciò che si decide per un biglietto o *un brevetto d'obbligazione* non deve estendersi alla copia di cui ci à minuta.. » (com. 5). Malgrado però questo silenzio del Codice, e, sebbene le presunzioni legali non possan riconoscersi, tranne nei casi in cui sono specialmente stabilite dalla legge, senza poter mai essere estese per analogia (art. 1350), noi non esitiamo a dire, che la restituzione dell'originale o brevetto dee prodorre il medesimo effetto di quella dell'originale in forma privata. — E di vero, da una banda, la ragion di decidere è, non pur simile, ma identica. Che, se si è affissa una presonzione *juris et de jure* alla restituzione dell'originale in forma privata e una semplice presunzione *juris* a quella d'una copia di prima edizione, gli è perchè, nel primo caso, il creditore si spoglia assolutamente del suo titolo, ovechè nel secondo conserva sempre la facoltà di procurarsene un novello, mercè la minuta conservata dal notaio; in guisa che bisogna dar più effetto alla prima che alla seconda. Or egli è ben chiaro, che il creditore si spoglia completamente del suo titolo e dando l'originale privato e dando quello autentico. Onde appunto perchè l'assimilazione fatta dal Pothier tra il brevetto e l'originale privato parve a' redattori non poter muovere alcun dubbio, essi non pensarono a conservarla esplicitamente. E di fermo, se avessero inteso rigettar quest'assimilazione affatto naturale, avrebbero pur detto qualche parola d'un tal mutamento nella discussione de' nostri articoli: e all'opposto il processo verbale di questa discussione attesta e dichiara espressamente in ultimo essersi inteso riprodurre in questi due articoli *la distinzione stabilita dal Pothier*.

Laonde i nostri articoli riduconsi a dire che la liberazione del debitore sarà diffinitivamente provata con la restituzione del titolo originale (privato o autentico, poco monta), e presunta fino a prova contraria, mediante la restituzione della copia esecutiva di cui rimane minuta.

II.—793. Ma perchè l'uno o l'altro di questi effetti, secondo i casi, trovisi prodotto, è d'uopo vi sia stata *remissione volontaria* del titolo, restituzione consentita dal creditore. Potrebbe darsi infatti, che il titolo si trovasse nelle mani del debitore per essere stato sottratto da lui o da alcun altro, o perduto dal creditore, o così pervenuto senza volontà di lui nel possesso del debitore.

Del resto, tutti son d'accordo in riconoscere, e fu detto positivamente e nella discussione del Consiglio e nell'esposizione de' motivi, che il fatto stesso del possesso del debitore fa presumere la restituzione volontaria, salvo al creditore a far cadere questa presunzione.

III. — 794. La pruova da presentarsi dal creditore per far cadere questa presonzione di restituzione volontaria potrà, ben nteso, farsi con tutt' i mezzi qualichessieno, con testimoni e con le semplici presunzioni che i giudici potranno indurre dalle circostanze ad esso loro dimostrate. Imperocchè non si tratta quì punto d'una convenzione, per comprovar la quale le legge esige un atto scritto, se il valore eccede 150 fr. (art. 1341); trattasi d'un semplice fatto da stabilirsi d'un modo qualunque; e non si può dimandarmi ch' io provi per iscritto essermi il tal titolo stato rubato, o averlo io perduto, o portato presso il mio vicino con tutte le altre mie carte in mezzo ad un incendio ec. ec. Ogni mezzo di prova sarà dunque ammessibile, anche una semplice presunzione; e spetterà al giudice decidere nella sua coscienza qual debba prevalere, se la presunzione di libera restituzione risultante pel debitore dal fatto medesimo del suo possesso, o la presunzione contraria che può indursi dal fatto cui il creditore stabilisce a sostegno della sua allegazione.

Egualmente con tutti i mezzi acconci a stabilir la sua pretensione potrebbe provare il creditore che la remissione della copia, benchè fatta volontariamente da lui al debitore, non à punto operata la liberazione di quest'ultimo; che per esempio à avuto luogo nel solo scopo di rassicurare questo debitore contro il timore delle molestie di cui poteva esser fatto segno, o con la tal'altra idea esclusiva d'ogni pensiero di liberazione. Qui ancora difatti non si tratta già di un atto costitutivo d'obbligazione, d'un contratto interceduto fra le parti, ma di un semplice fatto di cui si ricerca il valore, e al

quale resta inapplicabile la regola dell' art. 1341.

IV. — 795. Ben ci dicono i nostri due articoli che la restituzione volontaria del titolo originale o della copia esecutiva del titolo sarà una pruova o una presunzione di *liberazione*; ma di quale sorta di liberazione? Sarà egli da ammettere una remission del debito, ovvero un pagamento?... La quistione non è senza importanza. Chè, se si ammette una remissione, e gratuita, potrà questa non esser punto valida ne' casi in cui il pagamento lo sarebbe (per esempio perchè il creditore non era capace di donare al debitore), senzachè la remissione sarebbe poi soggetta alla riduzione o alla collazione.

Or, quando il debitore sostiene che à pagato e che in conseguenza del suo pagamento gli è stato rilasciato il titolo; se il creditore al contrario pretende non aver rilasciato il suo titolo che per fare al debitore una gratuita remissione del debito, e niuna specie di giustificazione si fa nè dall' una nè dall' altra parte, per quale delle due allegazioni dovrà inclinare il giudice in questo stato di assoluto dubbio?

Pel pagamento senza fallo, e la ragione evidentissima è che il pagamento è il modo naturale ed ordinario di liberarsi da un' obbligazione, e che una remissione gratuita è al contrario una causa affatto eccezionale di liberazione; or è chiaro che, nel dubbio, vuolsi presumere la regola, non l' eccezione. — Noi opponiam qui al pagamento la *gratuita* remissione, per la doppia ragione che, se si trattasse d' una remissione a titolo oneroso, la nostra quistione non avrebbe più interesse, essendo allora l' atto a titolo oneroso nelle due ipotesi contraddittorie, e che d' altra parte non sarebbe possibile un completo dubbio, attesochè il vantaggio ottenuto dal creditore, come equivalente della sua remissione, gli procaccerebbe generalmente de' mezzi da spiegare e render più probabile la sua allegazione di remissione. Vi sarà spesso contraddizione ed esisterà il dubbio pel giudice fra un pagamento e una remissione gratuita. Or le liberalità punto non si presumono, si debbono provare; e, quando è certo che una persona doveva e che più non deve, in difetto d' ogni dato sulla causa di sua liberazione, convien supporre che abbia pagato, e non già che il creditore l' abbia gratificata dell' oggetto del debito: non essendo la regola generale, l' usanza comune de' creditori di far dono di ciò che loro è dovuto. — Invano si argomenterebbe dall' essere i nostri due articoli posti nella materia *della remissione del debito*; essendo chiaro che tal fatto nulla significa, posciachè essi dichiarano stabilire, il primo una prova *di liberazione*, il secondo una presunzione di remissione *o di pagamento*.

Diciamo che solo nel dubbio assoluto dovrà il giudice pronunziarsi pel pagamento anzichè per la semplice remissione; giacchè è ben evidente che, se le circostanze danno al giudice il convincimento che vi è stata semplice remissione, questa dovrà egli proclamare e non più il pagamento. Sicchè, quando il debitore (in presenza d' un creditore che nega ogni specie di liberazione e sostiene di non aver rilasciato volontariamente il suo titolo, ma senza addurne alcuna prova) si pretende liberato, però riconosce egli stesso di esserlo stato mercè semplice remissione e non mercè pagamento, è chiaro non potersi dire, che vi sia pagamento. Del pari se, pretendendo il debitore di aver pagato, il creditore o il suo rappresentante pretenda *e provi* che quegli sia stato liberato con gratuita remissione, è ben patente che a questa remissione provata sarà d'uopo attenersi.

796.—Per quanto semplice sia e razionale questa decisione, è però contraddetta dallo Zachariae, il quale pretende che il creditore non avrebbe sempre il dritto di *provare*, che la liberazione del debitore risulti da una remissione e non da un pagamento. Lo potrà, dic' egli, quando non avrà rilasciato al debitore che la copia del suo titolo, perchè allora l' art. 1283 non stabilisce a pro del debitore che una presunzione semplice, la quale ammette la prova contraria; ma nol potrà punto, allorchè gli avrà dato il titolo originale, dacchè l'art. 1282 ferma allora una presunzione *juris et de jure*, che rende impossibile la prova contraria... Ciò vale cadere in un errore palpabile e confondere stranamente la quistione di liberazione con la quistione del modo onde la liberazione si è attuata. Indubitatamente, quando si tratta di sapere, se il debitore a cui si è volontariamente reso il titolo sia o no liberato, il creditore può o non può provare la sua negazione, secondo che il titolo restituito sia la copia o l' originale; ma, quando il creditore, che à volontariamente reso il suo titolo originale, è in pieno accordo col debitore per riconoscerlo liberato, e solo domanda di provare che è stato liberato mercè una remissione e non mercè un pagamento, qual è dunque la regola del Codice che si opponga alla prova ch' egli brama di fare? Certo non è l' art. 1282; chè quel che l' articolo dichiara con esclusione della pruova contraria è che vi è *liberazione*, che v' è stato *pagamento* o REMISSIONE. Invocansi i discorsi degli oratori del governo e del tribuna-

lo; ma questi discorsi ripetono e svolgono l' idea de' nostri articoli, che avvi cioè ora semplice presunzione, ed ora prova completa, *della liberazione*; or qui il creditore non nega punto la liberazione, ei nega che la risulti da un pagamento e vuol provare che risulta da una remissione. Onde nulla s' oppone alla sua prova, ch' egli può fare con ogni mezzo possibile.

797. — Adunque tosto che il giudice sia convinto o che gli pais più probabile, che la liberazione è seguita mercè una remissione, dovrà questa ammattere, e non una falsa supposizione di pagamento. Ma semprechè si resti nel dubbio, sarà da pronunzisrsi pel pagamento; talchè i nostri articoli in diffinitiva, malgrado la rubrica sotto cui son posti, ci presentan casi, i quali sarsnno più spesso casi di pagamento che di remissione.

1286 [1240]. **La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito.**

798. La restituzione, fatta dal creditore al debitore, del mobile che avea ricevuto in pegno o dello immobile datogli in anticresi (art. 2072) ben prova che questo creditore rinunzia alla garenzia dapprima richiesta pel suo credito; ma è chiaro che non dà punto luogo a pensare ch' egli rinunzi eziandio al credito. Similmente, la radiazione della sua ipoteca cui consenta il creditore non prova in verun modo, ch' egli abbia inteso far remissione di esso il credito. Imperocchè la remissione dell' accessorio non trae seco quella del principale.

Ma da' tre articoli 1282, 1283 e 1286 non si dee già conchiudere che la restituzione del titolo sia il solo fatto onde si possa indurre la remissione del debito e che non vi sieno altri casi di tacita remissione. Tutto ciò che èssene ad inferire è non esservi altri casi di *presunzione legale* di remissione; per guisa che il giudice, costretto qui di proclamare la liberazione come conseguenza del fatto della restituzione, rimarrà libero, a fronte di ogni altro fatto, di dichiarare se la remissione che il debitore pretende farne risultare, esista o pur no.

Così per esempio, quando Pietro si è obbligato verso di me a farmi la tal costruzione mediante l' obbligo ch' io assumo di pagargli 15,000 fr. e noi sottoscriviamo poi un atto col quale io lo esonero dalla sua obbligazione, senza dir altro, è ben chiaro che questa remissione espressa della sua obbligazione importa, salvo circostanze particolari che indichino il contrario, la tacita remissione della mia obbligazione di pagare 15,000 fr. Che se in più conti successivi che io ò fatti con una persona ò omesso un de' debiti di questa persona verso di me, spetterà al giudice di decidere in fatto e dall' esame delle circostanze, se questo silenzio possa spiegarsi con una dimenticanza (talchè il debito continuerebbe a sussistere, salvo l' effetto della prescrizione), o se debba far ammettere una remissione tacita, come pensava Papiniano in una specie da lui preveduta (l. 26 D., *de prob.*) (1).

Ben inteso, il giudice potrà indurre la tacita remissione da qualsivoglia fatto e circostanza che gli sembri grave tanto da rivelarla, purchè siasi in un caso in cui la legge permetta la prova testimoniale (art. 1353).

§ 2.

Effetto della remissione operata con uno fra più obbligati.

1284 [1238]. **La consegna dello scritto originale d'obbligo sotto forma privata, o della copia anzidetta, ad uno dei debitori solidali, produce rispettivamente lo stesso effetto a vantaggio dei condebitori.**

799. Quando un debito è comune a più condebitori e la remissione non si opera che fra l' uno di essi e il creditore, il punto di sapere se sia fatta a beneficio personale di questo debitore, ovvero per estinguere il debito e liberar tutti gli obbligati, è evidentemente una quistion d' intenzione, la soluzione della quale dipende unicamente dalla volontà che à avuto il creditore. Tuttavolta il Codice, per presunzione di questa volontà determina esso stesso gli effetti della remissione per più ipoteche, e si occupa qui della restituzione del titolo fatta ad uno de' condebitori solidali.

Questa restituzione, giusta il nostro articolo, produrrà per tutt' i condebitori i medesimi effetti che per quello a cui è fatta la restituzione, ossia tutti gli effetti che abbiamo spiegati sotto gli articoli 1282 e 1283. E ciò che qui dice la legge pel caso de' condebitori

(1) Fra gli antichi dottori, gli uni volevano che non si ammettesse qui la remissione se non quando il creditore e il debitore fossero parenti, e il creditore fosse morto senz' aver reclamato; altri prescrivevano altrimenti le condizioni necessarie. È chiaro che bisogna col Domat rigettar questo arbitrio e dire che la quistione dipende unicamente dalla discrezione del giudice, attesachè non presenta che un punto di fatto.

solidali dee evidentemente estendersi agli altri casi di debiti che presentino più debitori, ossia al caso di debitori congiunti non solidali, e perfino al caso d' un debitore principale garentito da fideiussori. E di fermo, l' abbandono d' un titolo di credito non si fa in uno scopo puramente relativo alla persona cui lo si rilascia, ma con un pensiero che riflette di necessità esso il debito: se lo scopo di un creditore fosse soltanto di esonerare un condebitore o dalla solidalità o dalla sua parte nel debito, o di rimettere a un fideiussore la sua fideiussione, è chiaro che nol farebbe già coll' abbandono del suo titolo, il quale gli sarebbe necessario contro gli altri obbligati. La restituzione del titolo dee dunque produrre in tutt' i casi un effetto assoluto e identico per tutti gli obbligati: e questo effetto sarà per tutti la pruova dell' estinzione del debito, sè trattisi del titolo originale; e la presunzione dell' estinzione, ove sia una copia.

E poichè, come di sopra si è veduto, questa tradizione dell' originale o della copia fa presumere sino a prova contraria il pagamento del debito e non la sua semplice remissione, ne segue che quello fra gli obbligati a cui è stato rilasciato il titolo avrà il suo regresso ordinario contro i suoi coobbligati, salvo a costoro di stabilire con ogni mezzo qualsiasi, che v' è stata semplice remissione del debito e che il possessore non l' à pagato altrimenti.

800. La legge non traccia alcuna regola per gli altri casi di remissione tacita così ottenuta da un solo de' coobbligati, onde incomberà al giudice del fatto ricercar nelle circostanze l' intenzione del creditore, e vedere se vi sia stata remissione di esso il debito o soltanto esonerazione personale all'obbligato.

Il giudice troverà analogia affatto naturale nelle regole che verran segnate da' seguenti articoli per la remissione *espressa*.

1285 [1239]. La remissione del debito o la liberazione pattuita a vantaggio di uno dei condebitori solidarj, libera tutti gli altri, purchè il creditore non siasi espressamente riservato i suoi diritti contro questi ultimi.

In quest'ultimo caso, non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione.

1287 [1241]. La remissione o la liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fidejussori:

Quella accordata al fidejussore non libera il debitore principale;

Quella accordata ad uno dei fidejussori non libera gli altri.

SOMMARIO

I. Qui trattasi, non della remissione *convenzionale*, ma della remissione *espressa*.

II. La remissione fatta ad uno de' condebitori solidali libera gli altri, tranne dichiarazione contraria. La remissione fattagli per la sua parte libera gli altri per questa parte. — Si può eziandio non rimettergli che la solidalità.

III. Del caso in cui la parte virile ed apparente non è la sua parte reale nel debito: grave errore del Delvincourt.

IV. In caso di debitori non solidali, l' effetto della remissione espressamente fatta all' uno di essi resta sottomesso alle regole generali.

V. La remissione fatta ad un debitore libera il suo fideiussore; ma quella fatta al fideiussore in tal qualità non libera il debitore.

VI. Il discarico, anche personale, d' uno de' fideiussori libera gli altri per la parte del primo nel debito o nelle insolvibilità d'altri fideiussori. Redazione viziosa della legge.

VII. Non è così, e trovasi esatto il testo, quando il fideiussore discaricato si è obbligato con un atto posteriore.

VIII. Quello tra' coobbligati che à ottenuta una remissione la quale liberi gli altri, non à verun regresso contro di loro, quando questa remissione è gratuita (critica della dottrina del Duranton); se la remissione è a titolo oneroso, à il regresso per l' ammontare di ciò ch' essa gli costa.

IX. Applicazione di siffatte regole al caso di remissioni tacite, di cui non parla la legge. — Divisione delle remissioni in reali e personali.

I. — 801. Questi due articoli oppongono alla remissione *tacita* la remissione o discarico *convenzionale* e così presentano quest' ultima espressione come sinonimo di remissione o discarico *espresso*. Ma noi abbiam veduto (n.° 788) che la remissione tacita è convenzionale quanto la espressa; e che d'altra banda, la remissione espressa non sempre è convenzionale, potendosi trovare in un testamento. Circa al caso raro anzichè no di abdicazione assoluta del creditore, caso in cui la remissione potrebbe ancora essere espressa, non accade quì occuparsi de' suoi effetti, dacchè per la sua stessa natura la non può operarsi con uno de' coobbligati. Quest' abdicazione, infatti, si opererebbe per la sola volontà del creditore, senza il concorso di chicchessia; e libererebbe necessariamente tutti gli obbligati a un tempo, essendo l' abbandono completo di esso il credito.

Sicchè vuolsi qui favellare di remissione *espressa* e non già di remissione *convenzionale*.

II. — 802. Quando la remissione espressa fatta ad uno de' debitori solidali non ispiega, se l' intenzione sia stata di estinguere il debito, o soltanto di liberare questo debitore (vuoi della sua parte del debito, vuoi della solidalità semplicemente), il Codice, parten-

do senza dubbio dall' idea, che la solidalità fa ciascuno de' condebitori mandatario e rappresentante di tutti gli altri, decide, contrariamente a ciò che faceva Pothier (art. 2, § 2, com. 2) che, in mancanza di dichiarazione formale del contrario, vi sarà sempre estinzione assoluta del debito, e però liberazione di tutti i debitori. Onde spetta al creditore, che non voglia accordare un sì largo risultato, di riservare espressamente i dritti a cui non intende rinunziare.

Allorchè il creditore dichiara formalmente di non rimettere il debito al condebitore che *per la sua parte*, ovvero *conservando i suoi diritti contro gli altri debitori*, egli à tuttavia aziune contro costoro; sennonchè dedotta la parte del primo. Se per esempio il debito fosse di 12,000 fr. con quattro debitori solidali, il credito, dopo la remissione così fatta all' un di essi, non sarà più che di 9,000 fr., e non vi sarà più solidalità fra gli altri tre che per questi 9,000 fr. E, se un di questi divenisse insolvibile, la porzione che il condebitore discaricato avrebbe dovuta sopportare in tale insolvibilità (art. 1214) si troverebbe eziandio, per una necessaria conseguenza, perduta pel creditore e non potrebbe ripetersi contro gli altri due. Egli è ben evidente, difatti, che la remissione ad uno de' condebitori mai non può aggravare la posizione degli altri.

Che se il creditore avesse dichiarato di rimettere al condebitore, non il *debito soltanto* (sia assolutamente e senza restrizione sia per la sola sua parte), ma semplicemente la solidalità, conserverebbe allora la sua azione per la totalità de' 12,000 fr. contro ciascuno degli altri tre, e per 3,000 contro quello a cui la solidalità è stata rimessa.

III. — 803. Nell' esempio che precede abbiam supposto, che il calcolo della porzione del condebitore non presentava difficoltà e che questa porzione in un sol senso poteva intendersi. Ma che si deciderebbe mai, se il debitore avesse nel debito una parte reale diversa dalla parte civile; per esempio dei quattro coobligati due soltanto son veri debitori, e gli altri due, benchè debitori ordinari rispetto al creditore, non si fossero obbligati che nell' interesse de' primi e non fossero quindi che fideiussori rispetto a quelli (art. 1219)? Nel caso di remissione fatta all' uno de' due primi *per la sua parte* si dovrebbe egli intender questa clausola della parte reale che dee sopportare, ossia della metà del debito, ovvero della parte virile ed apparente, cioè del solo quarto?

Egli è evidente esser questa una pura quistion d' intenzione, d' interpetrazione, da decidersi a tenore delle circostanze del fatto; posciachè trattasi semplicemente di sapere di qual parte abbia il creditore inteso parlare. So risulti provato che questo creditore, conoscendo la rispettiva posizione degli obbligati fra loro, à inteso parlare della parte reale del condebitore, a questa parte reale si applicherà la remissione: se al contrario si riconosca che questa posizione gli era ignota, o che, avendone pur contezza, non à però inteso prenderla in considerazione, è chiaro esser rimessa la sola parte virile.

804. Questa decisione è sì naturale, che non si sa spiegare come abbia potuto venir contraddetta da uno scrittore molto assennato. Il Delvincourt insegna che la remissione si estenderà necessariamente a tutta la parte reale, semprechè il creditore conoscevą la posizione rispettiva de' condebitori, e si restringerà alla parte virile, quando ignorava questa posizione. Egli reca ad esempio il caso d' un creditore, il quale, ben sapendo che, di quattro suoi condebitori solidali, quello ch' egli discarica è il solo interessato, e gli altri tre non si sono obbligati che per quello, dichiara positivamente di discaricarlo, *per la sola sua parte* e di riservare i suoi dritti contro gli altri... L' errore è palpabile. Imperocchè è bene evidente che il creditore non à voluto prendere in considerazione la posizione de' condebitori fra loro, comunque gli fosse nota, o che à inteso trattarli, non come formanti un sol debitore e tre fideiussori (il che essi sono *soltanto fra loro*), ma come formanti quattro debitori solidali (il che sono difatti *in faccia a lui*). Precisamente perchè egli conosceva la rispettiva posizione di questi obbligati, è evidente siffatta volontà, giacchè, dichiarando di non liberare che per *la sua parte* un obbligato che in faccia agli altri è debitore unico e deve *intero il debito*, egli indica certo abbastanza chiaramente che punto non lo accetta in tal qualità di unico debitore, e che vuol mantenere la qualità che ànno tutti verso di lui, conservandoli tutti e quattro come condebitori solidali.

I due motivi su cui si poggia il Delvincourt sono egualmente insostenibili. Egli dice innanzi tratto che, se si permetta al creditore di agir contro ciascuno degli altri tre obbligati pel totale scemato solo della parte del primo; cioè per tre quarti, poichè quegli che avrà pagati i detti tre quarti à il suo regresso integrale contro il primo; questi si troverà non essere stato punto liberato, in guisa che la remissione a lui fatta sarebbe derisoria.. Un simile argomento non è tampoco serio; dacchè, siccome l' azione contro l'uno de' tre obbligati e il costui regresso contro il coobbligato discaricato non àn luogo che pe' tre quarti, questi rimane perfettamente libe-

rato dell' ultimo quarto, ossia della sua parte come quarto debitore solidale ; ora appunto la sua parte e nulla di più si è dichiarato rimettergli... Il Delvincourt aggiunge che la dichiarazione espressa del creditore in tal caso trovasi non avvenuta, perchè ogni dichiarazione *contraria alla natura d'un atto* è nulla. Ma gli è un ragionare come se i tre ultimi obbligati non fossero che fideiussori assolutamente e tanto in faccia al creditore quanto all'altro obbligato ; laddove , essendosi tutti obbligati solidalmente , non son reputati fideiussori che *per rispetto al loro coobligato* (come dicono e la ragione e il testo formale dell'art. 1216) e rimangon tutti debitori solidali ordinari in faccia al creditore. Senza fallo , se assolutamente, e sì pel creditore come per gli obbligati , non vi fosse che un debitore e tre fideiussori , sarebbe ben impossibile di liberare questo debitore *per la sua parte*, giacchè, essendo unico debitore, non avrebbe parte ; ma, quando i quattro obbligati, comunque presentino un debitore unico e tre fideiussori ne' loro rapporti fra loro, forman quattro debitori solidali rispetto al creditore , è chiaro che nulla ci à d'impossibile, nulla di contrario alla natura dell' atto , nel liberar che faccia il creditore uno di questi quattro debitori della sola sua parte , cioè d'un sol quarto (1).

Non basta punto adunque , onde la remissione rifletta la parte reale dell' obbligato , che al creditore sia nota la posizione rispettiva de' condebitori solidali : è d'uopo che a tal contezza si unisca la sua volontà d'estinguere il debito per questa parte reale. Si giudicherà dalle circostanze di tal volontà , che precisamente è *evidente* nell' ipotesi preveduta dal Delvincourt.—Che se nulla venisse a precisare l' intenzione , si dovrebbe ancora nel dubbio decidere per la parte virile ed apparente , posciachè fra loro soltanto sono gli obbligati altri debitori ed altri fideiussori , e per rispetto al creditore sono tutti de' condebitori solidali ordinari.

IV. — 805. Quando la remissione espressa è fatta ad uno di più debitori non solidali , è chiaro che unicamente giusta le regole generali si dovrebbe determinar l' effetto più o meno esteso della remissione ; vuol dire che si indagherebbe l' intenzione del creditore dai suoi termini interpetrati a norma delle circostanze. — Nel dubbio sul senso preciso della remissione , il principio che le rinunzie non si presumono imporrà d' inclinar sempre per lo effetto meno esteso. — Qui non si potrebbe applicar la presunzione legale dell' art. 1285 fatta pel solo caso di solidalità.

V. — 806. Nel caso di debito cauzionato, la remissione fatta al debitore libera sempre e necessariamente i fideiussori, dappoichè l'accessorio non può sussistere, dove non esiste principale.

Al contrario , e per la ragione inversa , è bene evidente che la remissione fatta al fideiussore come tale non può liberare il debitore : il debito non sarà più cauzionato , ecco tutto. — Ma , se risultasse , vuoi da' termini formali dell' atto , vuoi dalle circostanze in cui si è compiuto, che la remissione, benchè al solo fideiussore indiritta , rifletteva veramente esso il debito ; se per esempio il creditore, dopo aver indarno agito contro un debitore principale fuor di stato di pagare, facesse col fideiussore un accordo, nel quale rinunziasse al suo credito mercè de' vantaggi qualichessieno, cui il fideiussore gli procurasse (vantaggi che supponiamo non costituir nè pagamento nè novazione) ; ovvero se questo creditore , tuttochè non ricevesse alcun vantaggio per la sua rinunzia, dichiarasse che in considerazione del fideiussore tiene il debito per estinto , è chiaro che una remissione siffatta non sarebbe più personale al fideiussore e libererebbe , oltre costui, anche il debitor principale.

VI.—807. Quando vi sono più fideiussori, la remissione fatta ad un di essi *non libera gli altri* , dice la fine dell'art. 1287. Ma questa regola à gran bisogno di spiegazione , essendo lungi dall' avere il significato assoluto che da' suoi termini parrebbe risultare.

E in prima , se la remissione è stata fatta (come testè supponevamo per un unico fideiussore) in guisa da provare, che si è inte-

(1) L'argomentazione del Delvincourt supporrebbe che de' debitori solidali , taluni de' quali non sono che fideiussori per rispetto agli altri , cessino d'esser debitori solidali, sol perchè il creditore conosce la loro posizione ! E ciò monterebbe a dire, che quegli il quale conosce anticipatamente la posizione di due persone , l' una delle quali si obbliga unicamente nell' interesse dell'altra , non può ricevere efficacemente l' obbligazione solidale di queste due persone !

La decisione del Delvincourt , già censurata dal Toullier (VII-329, nota 2) , à dovuto esser l'obbietto d' una confutazione più completa dal canto nostro , essendo stata riprodotta come un punto che non lasciava pur quistione in un' opera non poco diffusa tra gli alunni delle facoltà. — In quest' opera invocasi ad appoggio di siffatta decisione l' art. 1863 , il quale nulla à che fare nella controversia , ma che in tutt' i casi proverebbe il contrario di quello vuolsene indurre. E di fermo, esso articolo dichiara che quando de' soci , le cui parti sociali sono ineguali , contraggono un' obbligazione comune per la loro società, tutti son tenuti *per parti uguali* , se il contratto non contiene una clausola *speciale* che misuri l' obbligazione di ciascuno sull' estensione della sua parte reale nella società !

so estinguere il debito, e non solsmente procacciare al fideiussore un discarico personale, è ben aperto che tutti i fideiussori ssran liberati; stantechè lo sarà il debitore principale. Ma, pur nel caso di discarico meramente personale al fideiussore, non s' avrebbe a credere che questo discarico fosse senz' alcun effetto per gli sltri fideiussori e che lasciasse sussistere contro di essi un' obbligazione estesa quanto era per l' innanzi. Dopo il discarico d'uno de' fideiussori, gli sltri non si trovano più obbligati al debito che dedotta la parte cui dovea sopportare il primo ; se per esempio , un debito di 12.000 fr. fosse garentito da quattro fideiussori, ed uno di questi fosse discaricato, ciascuno degli altri tre non lo garentirebbe più che per 9,000 fr.

Difatti, o i fideiussori son solidali tra loro , o no. Se il sono, trovansi sotto la regols del 2° comma dell' art. 1285; epperò il processo verbale della discussione del nostro art. 1287 dichiara che l' articolo s' adotts e si permette al creditore di discaricare un solo de' fideiussori, conservando i suoi dritti contro gli altri, pel solo caso in cui questi fideiussori non sieno solidali. Che se tali non sono , cioè se non àn rinunziato al benefizio di divisione , non pure può ciascun di essi , per l' art. 2026 , astringere il creditore ad agire a un tempo contro tutti per non domandar a ciascuno che la sua parte (il che ridurrà il creditore s non ottener da essi che 9,000 fr., poichè à discaricato un de' quattro) ; ms , quandanco quello de' tre non discsricati al quali egli si rivolge non opponesse il benefizio di divisione e consentisse a pagar l'intero, sempre si tratterebbe , non più dells totalità del debito di 12,000 fr., ma dells intera fideiussione ridotta a 9,000 fr. pel discarico d' uno de' quattro fideiussori.

Questa riduzione della fideiussione , pur senza solidalità e fuor della regola dell' art. 1285, può provarsi in più modi. Già sarebbo assurdo che il creditore potesse ottenere coll' agir contro un solo fideiussore più che dirigendo ls sua azione contro tutti insieme , ora abbism veduto che per l' art. 2027 àvvi riduzione della fideiussione in tal caso di azioni divise. D' altra banda , volendo e con ragione , l'art. 2033 che quello de' fideiussori che paghi intero il debito abbia il regresso contro gli altri , onde non sopporti che la sola sua parte , è chiaro che il discarico dato dsl creditore ad uno de' fideiussori deve , diminuendo il regresso degli altri , diminuir perciò in proporzione il loro obbligo di pagare. Infine l' art. 2037 dichiara che , quando il creditore à resa impossibile la surrogszione ne' dritti accessori che garentivano il suo credito , la fideiussione cessa ; or discaricando uno de' fideiussori, il creditore rende impossibile la surrogazione nel dritto di agire contro questo fideiussore per la sua parte , e quindi per questa parte si estingue la fideiussione.

E non solo non potrebbe più il creditore agir contro gli altri fideiussori se non dedotta la parte di quello che à discaricato ; ma, se uno de' non discaricati si trovi insolvibile, il creditore , per una necessaria conseguenza , non potrà agire contro i solvibili per questa insolvibilità, senza diffalcar la parte che quello da lui discaricato avrebbe dovuto sopportarne. Tutto ciò è conseguenza del principio che il discarico de' fideiussori non può mai nuocere agli altri.

808. Bisogna dunque diffidare della proposizione dell' art. 1287 , che la remissione accordata ad un de' fideiussori non libera gli altri. Certo, non li libera completamente (supponendo, come fa l' articolo, un discarico personale a quel fideiussore), non li libera *delle loro parti* nella fideiussione; ma li libera della parte del discaricato. Onde non si dee prender la proposizione alla lettera ; e se è stata così redatta , gli è perchè nella discussione i redattori aveano sulle obbligazioni e su' dritti de' fideiussori tra loro delle idee che poi non furono consacrate nel titolo della *fideiussione*. « I fideiussori non lo sono tra loro, dicea il Cambacérès ; l' obbligazione dell' uno *non à verun rapporto* con quella dell' altro , e se il creditore libera l' uno, non reca sgli altri *verun pregiudizio*. » Il Defermon diceva che , « *se potevu accadere* che un sol fideiussore pagasse *per tutti*, non sarebbe *giusto* di permettere che un di essi potesse essere discaricato. » Rispondeva il Treilhard che « bisognerebbe dunque supporre i fideiussori *solidali* , quando punto nol sono. » Infine il Tronchet diceva che « tre fideiussori presi per la medesima obbligazione sono affatto *estranei tra loro*. » Si vede da questa sola citazione (in cui si riguardano i diversi fideiussori come non aventi alcun rapporto fra loro, e si suppone non poter un solo di essi giungere a pagar il tutto che nel caso di solidalità, quando l' art. 2025 ferma il principio che ciascuno de' diversi fideiussori è sempre obbligato per l' intero debito) , che , se il titolo della *Fideiussione* fosse già esistito , a tempo di questa discussione , qual è nel Codice , il principio di ragione e di giustizia proclamato nella discussione , che il discarico d' un fideiussore non può nuocere agli altri , avrebbe menato ad una redazione diversa da quella che presenta la disposizione finale dell' art. 1287 (1).

VII. — 809. Avvi tuttavia un caso particolare in cui le idee emesse nel Consiglio , e

(1) Delvincourt, t. II ; Toull. , VII 351 ; Duranton, XII 575 ; Zachariae, t. II. p. 401.

rigettate poi in generale dalle regole adottate nel titolo della Fideiussione son rimase esatte, e pel quale bisognerebbe quindi applicar nel suo senso assoluto e rigoroso la regola che il discarico di un fideiussore non libera gli altri: ed è quando il fideiussore discaricato si fosse obbligato con un atto posteriore a quello degli altri, talchè questi non abbian potuto contar su di lui.

Così, Pietro, contraendo verso di me un debito di 12,000 fr., mi dà tre fideiussori; e poi, con un atto separato, viene ad accedere a' tre primi un quarto, senza concorso e forse a insaputa di questi. In tal caso è vero di dire, che i tre primi sono estranei al quarto, e che la loro obbligazione in quanto ad essi è senza alcun rapporto con la sua; è vero di dire che i tre non ân potuto nè dovuto contar sul quarto, e che il creditore discaricando questo per conservare nondimanco il suo ricorso integrale e primitivo contro ciascun degli altri tre, non reca loro alcun pregiudizio... Questi tre fideiussori erano obbligati, ciascuno pel tutto (art. 2025) prima che s'obbligasse il quarto. Discaricando questo per agire per l'intero contro ciascun de' tre, non s'aggrava punto la loro posizione; rimettonsi nello stato in cui âmno inteso essere; l'agir contro ciascuno pel tutto non è che il far eseguire la loro convenzione. (V. Pothier art. 2, § 2).

Non posson dunque dolersi; ed è vero dire allora che il discarico del quarto non libererà in nulla i tre primi e non iscemerà punto l'estensione della loro fideiussione.

Altrimenti sarebbe, anche a fronte del quarto fideiussore, se il discarico fosse dato a un do' tre primi; chè, se questi non ân contato sull'obbligazione dell'ultimo, l'ultimo à naturalmente contato su quella dei precedenti.

Pure sarebbe possibile che l'obbligazione del quarto fideiussore fosse stata domandata dal creditore e data dal fideiussore, come indipendente dall'obbligazione degli altri; e in tal caso è evidente che il discarico de' uno de' tre o di tutti e tre sarebbe senza influenza sulla posizione del quarto. La quistione si deciderebbe da' termini e dalle circostanze del secondo atto.

VIII. — 810. Per sapere se quello dei coobbligati a cui è stata fatta una remissione che liberi anche gli altri, possa ricorrere contro costoro, come potrebbe se avesse pagato il debito, convien distinguere se tal remissione à avuto luogo gratuitamente o a titolo oneroso. In questo secondo caso, il dritto di regresso è evidente, all'opposto nel primo.

Il regresso, infatti, non può aver per obbietto che l'indennità dovuta al condebitore per ciò che à sborsato onde liberare i suoi coobbligati; or qui nulla è stato sborsato, e non può esser quistione d'indennità. Il regresso è un'azione di gestion d'affari intentata dal gerente per ricuperar le spese; or qui non àvvi spesa di sorta. — Invano direbbesi (sembra sia la dottrina del Duranton, t. XI, n° 227) che, la remissione gratuita essendo un dono del credito, quegli a cui è fatta si trova avere contro i suoi condebitori i diritti che aveva il creditore donante... Gli è un grosso errore. Certo un creditore può fare ad un de' condebitori donazione del suo credito e così il donatario divien creditore per tutta la parte del debito che non si estingue per confusione (art. 1300); ma, poichè, in tal caso, il credito è donato, trasmesso al donatario e continua a sussistere a suo prò, non v'è dunque estinzione per remissione di debito; àvvi cessione del credito per donazione; una volta operato il trasferimento, àvvi estinzione di una parte di questo credito *per confusione* e mantenimento dell'altra parte, ma non vi à punto remissione del debito. L'azione del donatario contro gli antichi coobbligati non sarebbe un regresso; sarebbe l'esercizio puro e semplice del credito che sussiste. E, poichè allora àvvi donazione proprismente del credito, è ben chiaro che l'effetto non può prodursi che con le forme speciali delle disposizioni a titolo gratuito. Non vuolsi dunque così confondere la donazione d'un credito con la semplice remissione, anche gratuita e in questo caso di remissione, ripetiamolo, non ei à regresso possibile.

Abbiam detto che il Duranton *sembra professare* la dottrina da noi confutata. E se, da un canto, egli accorda il regresso all'obbligato cui il creditore *à fatto dono* del credito *senza tener le forme d'una donazione*, il che ben indicherebbe un caso di semplice remissione gratuita e non di donazione propriamente detta; e dichiara in effetti occuparsi del condebitor solidale a cui *la remissione del debito* è stata fatta; ma, siccome nello stesso luogo dà *per esempio d'una remissione di debito* prima una *novazione*, indi un *pagamento* con surrogazione, diviene impossibile, in tal confusione d'idee contraddittorie, sapere qual sia stato il pensiero del dotto professore: non si può dire se abbia inteso parlare d'una donazione propriamente detta, operativa del *trasferimento* del credito, o solo d'una liberalità non costituente una donazione o risultante *dalla estinzione* del credito per gratuita remissione. Checchè siasi, àvvi errore in ambe le ipotesi. Chè, se il Duranton intende parlare d'una donazione

propriamente detta, è vero esservi regresso, ma è falso che le forme speciali non sieno necessarie; che se intende parlare d'una semplice remissione gratuita, queste forme speciali non son più necessarie ma non v' è regresso possibile (1).

811. Sicchè, non essendo il regresso che una domanda d'indennità, un' azion di rimborso di spese, bisogna decidere che, nel caso di remissione a titolo oneroso, se il sacrifizio qualunque, in ricambio del quale è stata consentita, la remissione aveva un valore minore dell'ammontare del debito, per questo minor valore soltanto potrebbe esercitarsi il regresso.

IX. — 812. Non dicendo il Codice in niun luogo quali sarebbero, in faccia a' coobbligati, gli effetti del discarico *tacito* procurato ad uno di essi, altrimenti che con la restituzione del titolo, abbiam già fatto osservare sotto l'articolo **1284** che si dovranno naturalmente applicare a questo caso le regole spiegate per la remission tacita: salvo, beninteso, che non si potrebbe esigere, onde il discarico d'un debitore solidale non avesse effetto che per la sua parte, una riserva espressa a tal uopo, poichè si suppone una remissione in cui nulla vi sarebbe d'espresso e da' fatti soltanto si manifesterebbe l' intenzione. — Se dunque le circostanze rivelino che il creditore non à inteso discaricare il debitore solidale che della sua parte, gli stessi condebitori saran liberati per questa parte; ed anche dalle circostanze si deciderà se trattisi della parte virile o della parte reale, che potrebbe esser diversa; — se gli à fatta remissione intera, gli altri saran pienamente liberati con lui; — se è un debitore principale che vien discaricato, i suoi fideiussori lo saranno con lui; — se è un fideiussore, o lo sia come tale, il debitore resta tenuto e gli altri fideiussori non son liberati che per la parte che avea nella fideiussione il discaricato; e così delle altre regole che abbiamo avulte.

Dobbiamo infine far osservare che, per distinguere la remissione che libera tutti gli obbligati da quella relativa solo a colui cui s'indirizza, parecchi autori àn preso l'usanza di chiamar la prima remissione o discarico *reale* (val dire che riflette sovresso *la cosa*) in opposizione alla remissione o discarico *personale* la quale *magis eximit* PERSONAM *debitoris ab obligatione, quam extinguit ipsam obligationem.*

1288 [1242]. Ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione, deve imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitor principale e degli altri fideiussori.

813. Era un punto assai controverso nel nostro antico dritto e il Pothier (art. 2, § 3) l' appella celebre quistione, quello di sapere se il creditore d'un debito garentito da un fideiussore possa lecitamente ricevere da questo fideiussore, per discaricarlo dalla sua fideiussione, una somma che non dovrebbe imputarsi sul debito, ma che fosse unicamente prezzo del discarico.

Il Pothier, seguendo il Dumoulin, lo credeva permesso nel caso in cui al momento del discarico, v' era luogo di temere l' insolvibilità del debitore; attesocchè allora la somma così data dal fideiussore (e che il creditore trovavasi diffinitivamente avere in più del dovutogli, se il debito gli fosse pagato integralmente) si trovava essere il giusto prezzo do' rischi che il creditore avea presi a suo carico. Era, diceva egli, un contratto aleatorio nel quale il creditore, sottomettendosi al rischio di perdere egli invece del fideiussore, avea bene del dritto di non farlo che stipulando un guadagno. Altri pretendeano che una tale stipulazione era contraria alla natura del contratto di fideiussione, che à per unico scopo di garentire al creditore il suo pagamento; e che tosto che questo creditore giunge ad ottener il dovutogli, nulla mai può avere al di là.

Quest' ultima opinione, forse troppo severa, è consacrata dal Codice, il quale dichiara nel nostro articolo, in un modo assoluto e senza distinzione, che la somma così pagata da un fideiussore s' imputa sul debito medesimo, costituisce quindi una remissione *reale*, e discarica fino a concorrenza il debitore e gli altri fideiussori, se ve ne à.

814. Nè si tenti di sostenere, che la è una mera presunzione d' intenzione che cadrebbe innanzi alla certezza d' un' intenzione contraria, una regola generale da cui si potrebbe discostarsi con una stipulazione particolare che riservasse espressamente al creditore i suoi dritti interi contro il debitore e gli attribuisse la somma come prezzo de' rischi che pur vuol correre. Sarebbe questo un errore; chè il legislatore, a dritto o a torto, à appunto scritto il nostro articolo per pro-

(1) Potrà talvolta esser difficile, quando il creditore avrà usato le forme della donazione tra vivi o del testamento, decidere se abbia voluto far una donazione traslativa del credito, o una remissione che lo annullasse; poichè, come si è detto, la semplice remissione può benissimo farsi per testamento o per atto notarile. Sarà un punto di fatto, una quistione d' intenzione da decidersi interpretando l' atto ed esaminando le circostanze.

scrivere quest' antica dottrina del Pothier, come è chiaro dalla discussione nel Consiglio di Stato.

Criticato *da questo punto di veduta* dagli uni, l' articolo fu difeso dagli altri, e difinitivamente adottato *da questo punto di veduta*. « Talvolta, dicea Bérenger, cotal patto è al tutto onesto; chè, discaricando il fideiussore, il creditore si espone in certe circostanze a rischio di cui è giusto dargli l' indennità. » Al che rispose il Treilhard che « il creditore prendendo una fideiussione, non à altro obbietto che di provvedere alla sicurtà del suo credito; or, quando egli riceve, lo scopo è conseguito: la disposizione è dunque conforme a' principi della giustizia e all' indole del contratto di fideiussione». Infine, avendo il Ségur obbiettato che questa disposizione sarebbe di leggieri esclusa, esprimendo nell' atto un discarico puro e semplice, il Treilhard rispose che la legge non può nulla contro *le frodi* cui nulla rivela, e l' articolo fu adottato. »

Cotalchè tanto è vero che si è inteso vietare ogni convenzione contraria, che si è dichiarata *frode alla legge*, frode la quale solo potrà aver effetto quando resti ignorata.

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE.

815. S' intende per compensazione l'estinzione simultanea di due obbligazioni che mutuamente si saldano, per ragione dell' essere il creditore della prima debitore della seconda, nel tempo stesso che il creditore della seconda è debitore della prima. Gli è un pagamento fittizio avente per iscopo e per per effetto di evitare a ciascuna delle due parti la necessità di dare da una mano quel che avrebbe a ricevere dall' altra.

La compensazione è legale o facoltativa: legale, quando, concorrendo le quattro condizioni che spiegheremo sotto gli art. 1289 e 1291, si compie di pieno dritto e senza la volontà delle parti; facoltativa quando à luogo sulla domanda d' una di esse. I testi che spiegheremo non parlano che della compensazione legale: noi v' aggiungeremo qualcosa sulla facoltativa, che del resto produce i medesimi effetti, e solo differisce dalla prima pel modo onde si opera.

I. Della compensazione legale.

1289 [1243]. Quando due persone sono debitrici l' una verso l' altra, ha luogo tra esse una compensazione che estingue i due debiti, nel modo e nei casi da esprimersi in appresso.

1290 [1244]. La compensazione si fa *ipso jure* per la sola operazione della legge ed anche senza saputa dei debitori; nel momento stesso in cui i due debiti esistono contemporaneamente, questi reciprocamente si estinguono, fino alla concorrenza delle loro rispettive quote.

816. La legge, come abbiam detto, non intende qui parlare che della compensazione legale, la sola che si operi di pieno dritto, a insaputa de' debitori, per effetto immediato dell' esistenza delle quattro condizioni volute.

La prima, indicata dall' art. 1289, è che le due parti sieno realmente debitrici l' una dell' altra. Onde la compensazione non avrebbe luogo, se dovendo a me 500 fr., voi foste creditore di pari somma, non su me, ma sul mio pupillo; chè, sebbene a me spetta di pagarvi como tutore, non è mio però il debito. Nè vi sarebbe compensazione fra ciò che io devo a una successione, e ciò che deve a me l' erede beneficiario; poichè l' accettazione beneficiaria non opera la confusione de' patrimoni; e, se io ò l' erede per debitore, non lui, ma il patrimonio del defunto ò per creditore. — Vedremo delle applicazioni di questa prima condizione nell' art. 1294.

Del resto, e prima di conoscere le altre tre condizioni della compensazione legale, già si vede dall' art. 1290 non esser d' uopo che i due debiti abbiano un' uguale importanza, da pagarsi entrambi integralmente: chè quell' articolo ci dice, che i due debiti si estingueranno fino a concorrenza delle rispettive quote, il che suppone due debiti disuguali, di cui il minore si estingue pel tutto, e l' altro sol per parte. La è, come si vede, un' eccezione alla regola che un creditore non può esser astretto a ricevera un pagamento parziale (art. 1244).

1291 [1245]. Non ha luogo la compensazione se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro, o una determinata quantità di cose fungibili della stessa specie, e che sono egualmente liquide ed esigibili.

Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili.

1292 [1246]. Le dilazioni che si fossero accordate, non sono di ostacolo alla compensazione.

SOMMARIO

I. La 2. condizione della compensazione legale, è che gli oggetti dei due debiti sieno tra loro fungibili. Osservazioni su' debiti alternativi e su' debiti facoltativi.
II. Questa fungibilità rispettiva esiste segnatamente pei debiti di danaro. e le derrate annotate nelle mercuriali si reputano già come denaro; dissenso col Dalloz e la Zachariae. Relazione di tale regola con l'art. 129 C. pr.; errore del Toullier e del Duranton. — La regola non vale pei debiti di cui uno è precisamente la causa dell'altro.
III. La 3. condizione è che ogni debito sia liquido, vale a dire certo nella sua esistenza e determinato nella quantità.
IV. La 4. condizione è l'esigibilità di ciascuno dei debiti. Pur tuttavolta il termine di grazia non potrebbe impedire la compensazione; e l'esigibilità risultante da un fallimento non vi dà luogo. — Rinvio all'art. 1298.

I. — **817.** Perchè la compensazione legale abbia luogo, è mestieri, oltre della prima condizione qui sopra indicata, 2° che i debiti abbiano entrambi per oggetto somme di di danaro (e le derrate il cui prezzo è fissato da mercuriali si reputano qui come denaro) o altre cose tra loro fungibili,; 3° che sieno liquidi; 4° infine che sieno esigibili.

Ed anzi tutto, sebbene il legislatore abbia fatto eccezione in tal materia alla regola, che il creditore non può essere astretto a ricevere parte soltanto di quanto gli è dovuto, non à voluto parimenti fare eccezione all' altra regola che il creditore non può essere astretto a ricevere in pagamento tutt' altra cosa da quella che gli è dovuta. Ed in fatti quest' altra regola ha maggiore importanza della prima; ch' alla fin fine, non v' è grave inconveniente che il creditore riceva una parte del debito, quando può chiedere immediatamente il ricupero del resto, mentre che sarebbe intollerabile di astringerlo a prendere una biblioteca, per esempio, quando à stipulato un cavallo. È mestieri dunque, perchè il pagamento reciproco e fittizio, il quale costituisce la compensazione, si avveri, che i due debiti abbiano un obbietto simile; in tal caso non àvvi inconveniente, perchè il creditore si trovi pagato con la semplice conservazione della cosa che rilasciar dovea, e ch' ei non avrebbe rilasciata se non per riceverne una simile.

Vi sarà dunque compensazione, quando le due cose dovute sono tra loro fungibili. Diciamo fungibili tra loro, chè non basterebbe che ciascuna di esse fosse fungibile, se nol fosse rispetto all' altra, così, quando io ho preso in prestito dal mio vicino, libraio al par di me, dodici copie del Codice, ed il mio vicino da me dodici bottiglie di vino, evvi fungibilità da una parte e dall' altra, (ch' è nostra intenzione che si restituiscano altri libri ed altre bottiglie simili, ma non le stesse); ma siccome le bottiglie non potrebbero sostituire i Codici, nè viceversa, e quindi non àvvi fungibilità rispettiva di un oggetto coll' altro, la compensazione non sarebbe possibile. È mestieri dunque di due oggetti fungibili rispettivamente; e questo appunto intende il nostro articolo, allora quando esige cose fungibili *della stessa specie*. Vale a dire che la compensazione à luogo in tutt' i casi, e soltanto nei casi in cui ciascuna parte potrebbe soddisfare ciò che deve, rilasciando quanto l' è dovuto. Così, quando ciascuno de' due debiti à per oggetto, *in genere*, un cavallo, cento montoni, venti botti d'olio, un ettaro di terra in un tal circondario, vi sarà compensazione. Ma essa non avrebbe più luogo, se una delle parti dovendo un *cavallo*, dovesse l' altra il *tale de' suoi cavalli* individualmente determinato, o soltanto quello tra' suoi cavalli che le piacerà di scegliere: chè qui v' à una delle parti, la seconda, che non può pagare, rilasciando quanto le è dovuto; se in questo caso si ammettesse la compensazione, la prima parte avrebbe un cavallo diverso da quello che le si deve: il cavallo, quale che sia, dovuto da un lato, più non sostituisce esattamente il cavallo determinato (o da prendersi in una quantità determinata) che è dovuto dall' altro: i due oggetti più non sono fungibili tra loro. Dicasi lo stesso, se una delle parti dovendo cento montoni indeterminati, l'altra dovesse i cento montoni che sono nella sua fattoria, o cento montoni fra' cinquecento che lì sono; se una dovesse un ettaro di terra in un tal sito, l' altra in un altro.

818. La compensazione legale non avrebbe neppur luogo, quando uno dei debiti, essendo di una cosa fungibile rispetto all' oggetto dell' altro debito, trovasi avere alternativamente per oggetto una seconda cosa non avente lo stesso carattere; per esempio s' io vi debbo 10 ettari di terra nella tale contrada, e voi mi dobbiate o 10 ettari di terra nella stessa contrada, o la vostra casa di Versailles, sia a mia, sia a vostra scelta. In questo caso non può compiersi la compensazione di pieno dritto, chè essa non avrebbe per effetto di pagare il debito alternativo coi 10 ettari di terra, mentre che colui al quale si apparteneva la scelta, avea il dritto di non darmi o di non ricevere che la casa di Versailles. Quando un debito è alternativo, e finchè rimantale, non se conosce l' oggetto: forse è la tal

cosa, forse è la tale altra: nel nostro esempio, il vostro debito ha forse per obbietto gli ettari di terra, e quindi una cosa fungibile con quella che vi debbo; ma forse pure il suo obbietto è la casa. Tutto qui dipende dalla volontà di quella tra le parti cui la scelta si appartiene, e soltanto quando essa avrà dichiarato la sua volontà a tal riguardo, il debito avrà cessato con ciò di essere alternativo, ed avrà luogo la compensazione (supponendo beninteso che la scelta di essa parte sia stata per la cosa fungibile).

Che, se l'uno de' debiti invece di essere alternativo fosse soltanto facoltativo; per esempio, se voi vi siete obbligato a rilasciarmi i dieci ettari di terreno, ma riserbandovi la facoltà di consegnarmi invece di tale oggetto la vostra casa di Versailles: in tal caso, siccome il vostro debito non à che un solo oggetto, i dieci ettari di terra, e ch'essi sono la sola cosa da voi dovuta (vedi sopra in seguito dell'articolo 1196) la compensazione è evidentemente possibile: ma siccome dall'altra banda il debitore non è assolutamente obbligato di consegnare l'oggetto dovuto, e può liberarsi abbandonando la casa, tale compensazione non avrà luogo s'ei dichiarà opporvisi. Ci sembra dunque, che in tal caso vi sarà luogo a compensazione, se il debitore dell'obbligazione facoltativa lasci trascorrere la scadenza del debito senza dir nulla; e che siffatta compensazione al contrario diverrà impossibile, se al tempo della scadenza o prima, il debitore dichiari, che intende liberarsi mercè l'abbandono della cosa riserbata in *facultate risolutionis*.

II. — 819. La regola che la compensazione ha luogo po' debiti di denaro non è in fondo che l'applicazione del principio dianzi sviluppato; chè egli è evidente non esservi cose più esattamente fungibili tra loro, o sostituentisi più perfettamente a vicenda, che le somme di danaro; ben inteso parliamo in generale pe' casi ordinari. Che se il denaro che forma l'oggetto del vostro debito fosse da voi dovuto, non come semplice valore pecuniario da potersi pagare mercè altro danaro, ma come un corpo certo da essere identicamente consegnato *in ipso individuo*, è chiaro che il loro oggetto cesserebbe di essere fungibile con un altro e per conseguenza compensabile. Quindi allora quando vostro padre mi ha legato siccome oggetto di curiosità talune monete da lui raccolte, sia a causa della loro data, sia per tutt'altra ragione, è ben evidente che non potresto rendermene altre, nè pretendere che il vostro debito si compensi con la somma che vi debbo. Ma circa tutti gli altri debiti di denaro è chiaro essere compensabili.

La legge però dà a questa regola una e-

stensione, che non avrebbe potuto darlesi nel silenzio de' testi; essa assimila ai debiti di denaro, quelli di derrate il cui prezzo è fissato da *mercuriali*, vale a dire dai registri sui quali i sindaci de' comuni constatano ufficialmente il corso di quelle derrate nei mercati. Laonde quando io vi debbo del denaro, e voi mi siete debitore di grano; quando io vi debbo del grano, e voi mi dovete della segala, dell'orzo, dell'avena ec., e queste derrate sono annotate nelle mercuriali, esse rappresentano danaro al prezzo corrente, o vi sarà quindi luogo a compensazione, come se in origine fossevi stato debito di danaro da una parte e dall'altra.

820. Il Dalloz (v.° *Oblig.* p. 621, n. 8) e lo Zachariae (II, p. 407) non danno la stessa estensione al 2° comma dell'articolo; o prendendolo alla lettera insegnano che, se un debito di derrate annotate nelle mercuriali si compensa con un debito di danaro, non si compenserebbe ugualmente con un debito di altre derrate parimenti annotate.— Crediamo che sia un attenersi troppo giudaicamente al testo della legge e sconoscerne il pensiero. Quando la legge compensa il grano col danaro, o compensa anche la segala, dichiara appunto con ciò, che queste grano e questa segala, vista la facilità della loro trasformazione in numerario, si reputano legalmente danaro (in quanto concerne la compensazione) ma se qui il grano è denaro, e la segala lo è del pari, come mai non si compenserebbero poi tra loro?... Due cose di cui ciascuna è compensabile con una terza, vale a dire legalmente identica ad essa, sono necessariamente compensabili tra loro; *quae sunt eadem uni tertio, sunt eadem inter se*; se B è uguale ad A; e se S è pure uguale ad A, è chiaro che B ed S sono uguali.

821. Il Toullier (VII-367) ed il Duranton (XII-390) veggono entrambi una eccezione alla nostra regola nell'art. 129 cod. pr., secondo il quale le sentenze che condannano ad una restituzion di frutti, dovranno ordinarlo in natura per l'ultimo anno, od in danaro pei precedenti.

Il Duranton dice che la restituzione essendo ordinata in *natura* per l'ultimo anno, non vi sarà per tale annata compensazione possibile, il Toullier tiene lo stesso parere, ma con maggiore estensione: chè invece di restringere questa pretesa eccezione al caso di una restituzione di frutti, la estende a tutte le prestazioni di derrate, di cui sieno devute parecchie annate.

Laonde, quando io son creditore di una rendita annua di 50 ettolitri di grano, ed il debitore non me li abbia pagati da tre

anni, il Toullier (combattuto su tal punto dal Duranton) insegna che la compensazione, possibile per la prima e seconda annata, nol sarà per l'ultima; ma se trattasi di un immesso in possesso dei beni di un assente (art. 127) ovvero di un possessore di mala fede (art. 549) il quale è condannato a restituirmi l'immobile con tutti o parte dei frutti prodotti da tre o quattro anni, il Duranton è di accordo col Toullier per dire che i frutti dell'ultimo anno non si compenseranno con quanto potrò io dovere al restituente.

Si è questo un grande errore... Ed anzi tutto il Toullier segnatamente si inganna sul senso dell'art. 129, quando l'applica al caso delle prestazioni periodiche di frutti: l'articolo non parla e non si occupa che *delle restituzioni di frutti*, vale a dire dei casi in cui il *possessore* del mio fondo deve *restituirmi* i frutti raccolti sullo stesso, e che mi appartenevano como il fondo medesimo. Ei deve allora restituirmi per l'ultimo anno, almeno in massima, i frutti stessi, chè si suppone che li abbia tuttora; chè se non li avesse, l'articolo à cura di dire, che ne dovrebbe pagare il prezzo.

In quanto ai frutti delle annate precedenti, come v'è luogo a credere che più non li abbia, la legge dice, che ne pagherà il prezzo; e non fa mestieri perciò che il prezzo sia annotato nelle mercuriali; in lor mancanza l'art. 129 dichiara, che verrà fissato da periti. Or che v'è mai di comune tra questa ipotesi e quella di una persona la quale mi deve una rendita di tanti ettolitri di grano, di avena ec. e che, se lascia trascorre duo o tre anni senza pagarmi, può benissimo rimborsarmi in natura pel primo o secondo anno come pel terzo? Se il debitore, in quest'ultimo caso, non à conservato il grano del suo ricolto per pagarmi, mi pagherà con altro grano. Il Toullier à dunque torto di estendere a tutte le prestazioni la regola, che l'art. 129 stabilisce solo per le *restituzioni* di frutti, ed il Duranton ha ragione di rigettare la dottrina di lui su tal punto; ma egli è un secondo errore (errore in cui cade il Duranton egli stesso) il riguardare l'art. 129 come quello che faccia una eccezione, pel caso di cui occupasi, alla regola del nostro 2° comma. L'art. 129 non s'occupa per nulla di sapere, se vi sarà compensazione nel tale o tal altro caso, e se à pur risultato di sottoporre il restituente a *pagare* nel tal caso una somma di danaro, e dei frutti nel tal altro; egli è chiaro non esservi luogo a pagamento effettivo ed ordinario di tal denaro o di tai frutti, che in quanto il debito non si trovasse estinto diversamente, sia per compensazione, sia per novazione, sia in tutt'altro modo. Alla stessa guisa che colui il quale fosse condannato, giusta l'art. 129, a pagare una somma al proprietario, non avrebbe alcun pagamento effettivo a fare, se si trovasse creditore della simile somma sullo stesso proprietario, perchè vi sarebbe compensazione, giusta il 1° comma del nostro art. 1292; alla stessa guisa nulla avrebbe a pagargli, se fosse condannato alla restituzione di frutti montanti alla stessa somma, giusta le mercuriali, perchè vi sarebbe compensazione, giusta il 2° comma del nostro articolo.

A dir breve, l'art. 129 Cod. pr. significa che *la persona obbligata a restituire è sottoposta* in tal caso a un debito di danaro, e nel tal altro *a un debito di frutti*; il nostro articolo, dal suo canto, dichiara che *i debiti di frutti si compensano con quelli di denaro, quando i frutti sono annotati nelle mercuriali*... È ben chiaro che queste due regole non son punto contraddittorie, che non v'à tra esse alcuna specie di opposizione, e che per conseguenza l'una non può essere una eccezione all'altra.

822. La nostra regola dunque applicasi a tutti i debiti di derrate, salvo nonpertanto un'eccezione risultante dalla forza stessa delle cose, e che si è passata dal legislatore sotto silenzio certamente per ragione della sua evidenza. Vogliam parlare del caso in cui il debito di derrate avesse precisamente *per causa* l'obbligazione con la quale lo si volesse compensare. Così, quando io compro da voi 50 ettolitri di grano che voi dovete consegnarmi tra qualche giorno, e ch'io debbo allora pagarvi, è chiaro che l'un di voi non potrebbe dire al momento convenuto per l'esecuzione, che noi non ci dobbiam nulla vicendevolmente, e che i nostri debiti sono reciprocamente estinti per compensazione, visto che l'uno à per obbietto una somma di danaro, e l'altra delle derrate annotate nelle mercuriali! Sarebbe altrettanto assurdo quanto contrario all'equità. Se la compensazione può benissimo compiersi all'insaputa dei due debitori, e per effetto della volontà supposta che la legge lor presta, almeno è mestieri ch'essa non sia ragionevolmente impossibile, e che la compensazione non sia l'annullamento del contratto formato tra le parti. Or quì non può essermi indifferente avere del grano o del denaro, poichè precisamente ed unicamente per avere del grano invece del denaro, io ho con voi contrattato, alla guisa stessa che voi non avete meco contrattato che per avere del denaro invece del grano. Ma da ciò non

bisogna spingersi sino a dire, che la compensazione non è possibile per un debito di derrate, che quando si tratta di prestazioni periodiche : sarebbe un far troppo larga l'eccezione. Così quando io vi debbo 300 fr. che voi mi avete imprestati , e voi vi trovate obbligato dal testamento di vostro padre a consegnarmi una quantità di grano che, giusta le mercuriali, equivalga alla stessa somma , egli è aperto che nulla s' oppone alla compensazione dei due debiti... L'eccezione adunque restringesi al caso di due obbligazioni derivanti dallo stesso contratto, nel quale l' una trovisi essere precisamente la causa dell' altra.

823. Un' ultima osservazione a far qui si è che le parole del 2° comma dell' articolo, *possono compensarsi*, non significano che trattasi di una compensazione facoltativa, la quale possa o no avverarsi , secondo che sia o no richiesta da una delle parti. La compensazione qui , come in tutti gli altri casi indicati dalla nostra sezione , si opera da sè stessa e pel solo fatto del concorso delle condizioni volute. Ciò è evidente , poichè il Codice non parla che della compensazione legale e gli art. 1284 e 1290 dichiarano positivamente, che, nei casi e nel modo dalla legge indicato, la compensazione si opera di pieno dritto anche all' insaputa de' debitori.

Quindi il nostro articolo , quanto alla seconda condizione vuol dir questo : Bisogna che gli oggetti dei due debiti sieno tra loro fungibili. Or la fungibilità esiste evidentemente per le somme di danaro , ed in questa materia si assimilano al danaro le derrate annotate nelle mercuriali , purchè non siano dovute per effetto di un contratto che escluda necessariamente siffatta compensazione.

III. — 824. La terza condizione richiesta per la compensazione legale si è che i due debiti sieno liquidi , vale a dire presentino una esistenza certa ed una quantità determinata.

Quindi siffatta compensazione legale non avrebbe luogo dal momento in cui uno dei due debiti fosse impugnato dal preteso debitore ; ben inteso intendiam parlare di una contestazione daddovero, che presentasse una difficoltà reale ; che se si trattasse di un cavillo , cui il giudice vedesso evidentemente mal fondato , egli è aperto che la pretensione ridicola e contro equità di una delle parti di non esser debitrice, non potrebbe produrre effetto alcuno ; ed il giudice nel rigettare siffatta pretesa constaterebbe, che il debito era realmente liquido e che la compensazione si è compiuta di pieno dritto. Tanto vi fu positivamente detto nel rapporto al Tribunato (Fénet , t. XIII , p. 363).

La compensazione non avrebbe neppur luogo , se uno dei debiti fosse condizionale , cioè sottoposto ad una condizione sospensiva , poichè in tal caso il debito non esiste e deve solo nascere, se il caso preveduto si avveri. Che se si trattasse della condizione che il Codice chiama risolutoria, essendo allora l' obbligazione pura e semplice , e la sua risoluzione soltanto condizionale (V. *supra* , art. 1138) e per conseguenza il debito esistendo , nulla si oppone all' immediato compimento della compensazione : ma se poscia la condizione , e quindi la risoluzione , venissero ad avverarsi , il debito non essendo mai esistito , sarebbevi azione contro il debitore dell' altra obbligazione , la quale non sarebbesi estinta .

Infine la compensazione non si compirebbe , se uno de' debiti, certo in quanto alla sua esistenza , fosse incerto quanto alla quantità , per esempio se la cifra dipendesse da una valutazione a farsi , o da un conto da acclararsi , un debito non è liquido se non quando si sa che vi è debito e di quanto : *an et quantum debeatur*.

IV. — 825. La quarta ed ultima condizione della compensazione legale è che ciascuno de' due debiti sia attualmente esigibile.

Se dunque uno de' due debiti è nel novero di quelli pei quali la legge non dà azione , un debito di giuoco , per esempio, non vi sarà luogo a compensazione , poichè legalmente un tal debito non può esigersi in alcun' epoca. Del pari , se trattasi di una rendita , la compensazione legale ben avrà luogo per le annualità , ma non pel capitale, il quale non si può esigere. Se il debito , sebbene esigibile per sè , non lo è attualmente , vale a dire se è sottoposto ad un termine non ancora scaduto , la compensazione legale è egualmente impossibile , a meno che non si tratti di un semplice termine di grazia accordato al debitore dal giudice in forza dell' art. 1244. Il termine di grazia infatti non è motivato che dalla impossibilità in cui trovasi il debitore di saldare il suo debito , or tale impossibilità più non esiste , ed il pagamento diviene al contrario facilissimo , quando si compie senza che il debitore abbia nulla a dare.

826. Queste diverse soluzioni sono senza difficoltà ; ma che decidere nel caso di una obbligazione annullabile , che non è ancora annullata , o di un debito prescritto , di cui il debitore non ha ancora opposto la prescrizione?...

Generalmente si decide che la compensazione non avrà luogo , e tal è pure il

nostro parere. (1) Vero è che un debito non si estingue di pieno dritto, pel solo fatto del compimento della prescrizione, e che il debito suscettibile di annullamento resta valido, sin chè tale annullamento non sia pronunziato; ma siccome si è sempre ammesso, ed a Roma e nel nostro antico dritto, non aver luogo la compensazione pei debiti contro i quali il debitore può opporre una eccezione perentoria, o nulla far capire che i nostri redattori abbiano inteso mutare questa antica regola, si deve credere che per *debiti esigibili* abbiano essi inteso quelli il cui pagamento può efficacemente esigersi. È mestieri dire inoltre, che la quistione à poca importanza in fatto, e che quale che sia l'opinione che si adotti, il risultato sarà sempre lo stesso. In effetti, se il debitore dell' obbligazione annullabile non ne fa pronunziare la nullità, questa obbligazione trovandosi perciò definitivamente valida, sarà necessario che il debitore la paghi, laddove non la compensi; che se la fa annullare, questa obbligazione si troverà non esser mai esistita, di tal che la compensazione che si pretendesse essersi compiuta, troverebbesi non avvenuta, e più non impedirebbe di esigere il pagamento dell' altro debito.

Laonde sia che si ammetta, sia che si rigetti la compensazione per questo debito annullabile, si giungerà sempre allo stesso punto, siavi o pur no annullamento. Dicasi lo stesso pei debiti prescritti, sia che il debitore opponga o no la prescrizione.

827. Sebbene il fallimento di un debitore renda esigibili tutti i suoi debiti (art. 444 C. di Comm.), non pertanto non li rende compensabili, poichè rende impossibile ogni pagamento di debiti non iscaduti realmente: « Sono nulli e senza effetto, dice l'art. 446, tutti i pagamenti, vuoi in ispecie, vuoi per trasferimento, vendita, *compensazione*, o altrimenti, per debiti non iscaduti. » Laonde l' esigibilità risultante dal fallimento non potrebbe dar luogo a compensazione. In quanto a quella risultante dal fatto che il creditore il quale godea pria di un termine, sen trovi decaduto, per decozione, o per aver diminuito le cautele date al suo creditore (art. 1188), trarrebbe seco compensazione; ma bisogna notare, che tale esigibilità non esiste, (e per conseguenza la compensazione non ha luogo) che quando la scadenza del termine è pronunziata in giudizio. Siffatta decadenza non potrebbe aver luogo di pieno dritto.

Vedremo all' art. 1298 una nuova conseguenza della regola che ciascuno dei due debiti dev' essere attualmente esigibile.

1293 [1247]. La compensazione ha luogo, qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi,

1. Della dimanda per la restituzione della cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato.

2. Della dimanda per la restituzione del deposito o del commodato.

3. Di un debito il cui titolo derivi da alimenti dichiarati non soggetti a sequestro.

SOMMARIO

I. Mediante le condizioni di sopra esposte la compensazione ha luogo in qualsivogliano circostanze, salvo non pertanto quattro eccezioni.
II. La prima presentasi per l'obbligazione di restituire una cosa di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato.
III. La seconda per l' obbligo di restituire un deposito irregolare, ma non potrebbesi estendere al prestito ad uso. Cattiva redazione dell'articolo; errore del Toullier, Duranton e Delvincourt.
IV. La terza è relativa a tutti i debiti di cose non sequestrabili; disposizione troppo ristretta dell' articolo.
V. La quarta ha luogo quando una parte abbia preventivamente rinunziato alla compensazione. Errore del Toullier.

I. — 828. Da quanto abbiam detto al n. II dell' articolo precedente si comprende che non bisogna prendere alla lettera la disposizione del primo comma del nostro articolo, giusta il quale la causa delle due obbligazioni non deve considerarsi per conoscere se siavi luogo a compensazione. Si è veduto che non vi sarebbe compensazione possibile fra due debiti provvenienti da uno stesso contratto sinallagmatico, nel quale ciascuna di esse fosse la causa dell' altra. Ma tranne questo caso particolare, la regola è compiutamente vera, sia che s' intendano le parole *causa dell' obbligazione* nel senso tecnico e come esprimenti il motivo immediato di tale obbligazione (V. *supra*, art. 1108 e 1131) sia che con ciò intendansi i motivi primi ed immediati che àn condotto il debitore ad obbligarsi, sia infine che si applichino alle diverse fonti (contratti, quasi contratti, debiti) donde sorge l' obbligazione. Dal momento che le quattro condizioni precedentemente indicate trovansi riunite, la compensazione si opera, senza che siavi da darsi pensiero di alcun' altra circostanza.

La legge tuttavolta apporta ad un tal prin-

(1) Merlin (Rep. v. *Compensaz.* § 2, n. 9.) Dalloz (v. *obblig.* cap. 5, sez. 4, art. 1), Zachariae (II, p. 409).

cipio tre eccezioni, alle quali è uopo aggiungerne una quarta, talmente per sè stessa evidente, che non v' era d' uopo di trovarla scritta nella legge: La compensazione legale non si compie, 1° per l' obbligo di restituire una cosa di cui il proprietario siasi spogliato; 2° per quello di restituire un deposito; 3° per un debito di cose non sequestrabili; 4° finalmente per quello alla cui compensazione il debitore avesse preventivamente rinunziato.

III. — 829. 1.° Quando una delle obbligazioni ha per oggetto la restituzione di una cosa di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato, *sine jure*, non per autorità della legge, il legislatore, a punire lo spogliatore, esige che l' oggetto sia restituito in natura, con la consegna effettiva della cosa stessa, e non per equivalente; salvo al restituente di farsi pagare del simile oggetto che gli è dovuto. Quindi allorquando il mio vicino mi ha rubato due sacchi di grano dal mio granaio, e qualche giorno dopo io stesso (sia per legato fattogli dal mio autore, sia succedendo al suo debitore) debbo a lui due sacchi di grano, non vi sarà luogo a compensazione, ed il ladro dovrà restituirmi il grano rubatomi, salvo a ricevere dalle mie mani lo stesso grano per soddisfazione del proprio credito; *spoliatus ante omnia restituendus*.

IV. — 830. 2.° Quando trattasi della restituzione di una cosa data in deposito, il depositario è parimenti obbligato di farne l' effettiva consegna, e la legge non vuole liberarnelo, compensando il suo debito con quanto potesse egli aver da reclamare dal deponente. — Egli è evidente inoltre, come fa notare il Pothier (§ 1 comma II) che questa seconda eccezione non può presentarsi pel deposito ordinario, non sol per un deposito irregolare, nel quale il denaro o le altre cose depositate, lo fossero state con facoltà pel depositario di confonderle con le sue, per rendere poscia non già le identiche cose, ma altre simili. Che se fosse altrimenti, se si trattasse di restituire identicamente la cosa depositata, il debito avrebbe allora per oggetto un corpo certo; in conseguenza la compensazione, la quale non ha luogo se non pei debiti di cose fungibili, non sarebbe possibile e non potrebbe esser quistione di eccettuare dalla regola un caso che non vi sarebbe compreso.

Questa osservazione è sufficiente per far comprendere quanto sia viziosa la disposizione del nostro articolo, quando dichiara eccettuare dal principio della compensazione la restituzione del *prestito ad uso*. Il prestito ad uso non può mai aver per oggetto che un corpo certo o determinato, poichè la cosa data in prestito devesi restituire identicamente *in ipso individuo* (art. 1875, 1877) e che dal momento in cui il mutuatario potesse restituire un' altra cosa simile, più non sarebbe un prestito ad uso, un commodato; ma sibbene un prestito di consumo, un mutuo (art. 1892, 1893). Or poichè l' obbietto del commodato è necessariamente un corpo certo ed individualmente determinato, ed al contrario la compensazione non è possibile se non pei debiti di cose fungibili, non v'è dunque luogo al principio della compensazione, nè quindi alla eccezione; le parole *e del prestito ad uso*, qui poste per la confusione fatta dai redattori tra le cose fungibili e quelle che si consumano con l'uso, non esprimono alcun senso e debbonsi annullare (art. 536, n. II).

831. Il Toullier (VII-363) e il Duranton (XII-448) pretendono spiegare questa parte dell' articolo. Dicono che il commodato può talvolta aver per oggetto delle cose fungibili e quindi compensabili; e danno per esempio il caso di un cassiere, il quale dovendo subire una verifica di cassa, pigliasse a prestanza per fornirla, e *ad ostentationem tantum*, dei sacchi di danaro da restituire identicamente. In tal caso, essi dicono, la cosa imprestata ad uso è compensabile, poichè è danaro, e per conseguenza l' eccezione finale del 2° comma dell'art. 1293 non è inutile.

L' errore di tale pretesa spiegazione si tocca con mano. Dal momento in cui la cosa, quale che sia, deve restituirsi identicamente, e senza poter essere *sostituita* da altra, non è dunque fungibile, nè compensabile; ciò è evidente, poichè la fungibilità delle cose consiste precisamente nella possibilità di *sostituirle* l' una all' altra, e che la compensazione è un pagamento che si opera con l' abbandono della cosa che mi è dovuta *invece* di quella ch' io debbo. — Il Delvincourt avea cercato di spiegare siffatta disposizione dicendo, che il legislatore avea senza dubbio inteso parlare del caso, in cui il mutuatario avendo perduta o distrutta la cosa, dovesse renderne il valore in contante. È questo un errore, chè tosto che il mutuatario o il depositario fossero debitori, non più della cosa depositata o prestata, ma di una semplice somma di danaro, è chiaro che vi sarebbe luogo a compensazione; e che il nostro articolo sarebbe inapplicabile. Bisogna dunque riconoscere, che il caso di prestito ad uso, di cui il Pothier in effetti si asteneva di parlare, non ha qui nulla di comune; e che i redattori non ne àn parlato se non per inavvertenza, ed in seguito

dell' analogia che àn creduto scorgere tra questo caso e quello del deposito che trovavano in Pothier.

IV. — 832. 3° La compensazione essendo un pagamento che può compiersi all'insaputa e contro voglia dei debitori, non è più possibile nei casi in cui uno di questi debitori non potrebbe essere astretto ad un pagamento effettivo. Dunque allorquando la somma che mi dovete è di natura tale da non potere essere sequestrata nelle vostre mani dai miei creditori, questa somma non potrà neppur compensarsi con quella ch'io vi dovessi; chè la compensazione produrrebbe contro di me, in vostro vantaggio, il risultato di un sequestro su di una cosa insequestrabile; trarrebbe quindi con sè il pagamento forzato su di una somma sulla quale io non posso essere astretto. Tanto fu espressamente detto al Corpo legislativo a proposito del nostro articolo.

Giusta un tal principio, la terza eccezione del nostro articolo trovasi espressa in modo troppo stretto e doppiamente troppo stretto. Ed in primo, non parla che di alimenti *dichiarati* insequestrabili; or l'art. 581-4, Cod. pr. ha reso insequestrabili tutte le disposizioni fatte a titolo di alimenti, anche quando il disponente non ne avesse dichiarato l'insequestrabilità, attalchè tali disposizioni saran sempre insequestrabili, se non per la dichiarazione del disponente, almeno per volontà della legge. Da altra banda, questo stesso art. 581 ci prova esservi altri debiti, diversi da quelli di alimenti, i quali possono essere insequestrabili, or si è veduto che per tutti questi debiti insequestrabili la compensazione è impossibile. Del resto, siccome l'art.582 Cod. pr. indica taluni casi particolari, nei quali possonsi sequestrare le cose per massima insequestrabili, egli è chiaro che, in siffatti casi particolari, il debito cessando di essere insequestrabile, cesserebbe pur di essere non compensabile.

V. — 833. 4° La quarta ed ultima eccezione al principio della compensazione di pieno dritto ha luogo, quando le parti vi abbiano preventivamente rinunziato, vuoi espressamente, vuoi implicitamente.

Il Toullier (VII-393) mettendo la compensazione nella stessa linea della prescrizione, insegna che, se puossi rinunziare al beneficio di una compensazione già operata, non si può egualmente rinunziare preventivamente ad una compensazione futura, poichè l'art. 2220 dichiara nulla la rinunzia fatta ad una prescrizione non compiuta. Questa decisione non è evidentemente erronea?... Essendo ognuno libero, per massima e per dritto comune, di rinunziare, sia preventivamento, sia *a posteriori* ai dritti stabiliti in suo favore, le disposizioni che vietano di rinunziare, vuoi ad una prescrizione non compiuta, vuoi ad una successione non aperta, sono eccezioni fondate su motivi di ordine pubblico. La compensazione non è sottoposta ad alcuna eccezione di tal genere, ed in effetto non poteva esserlo, poichè è motivata su ragioni d'interesse meramente privato. Tal è il parere dello Zachariae (II, p. 413) ed il solo arresto che ci sia noto sulla quistione, l'ha così giudicata, in un caso in cui la rinunzia era puramente tacita. (1)

(1) Bordeaux, 7 marzo 1831 (Dev., t. 31, 2, 250).

1294 [1248]. Il fidejussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale;

Ma il debitore principale non può opporre la compensazione di quello che il creditore deve al fidejussore;

Il debitore solidario non può parimente opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al suo condebitore.

SOMMARIO.

I. Cattiva redazione dell' articolo — Il debito del creditore principale opera compensazione o quindi libera il garante. Il debito di questo creditore verso il garante non opera compensazione, se non quando il garante è divenuto debitore per azioni intentate contro di lui, dopo escusso il debitor principale.
II. In caso di obbligazione solidale, la legge non considera come veramente debitore del totale che quello tra gli obbligati, al quale il creditore richiede il pagamento.
III. Ma la compensazione avrà sempre luogo a pro di ogni debitore solidale, per la parte del condebitore non citato.
IV. Il garante che si è obbligato solidalmente debb'essere trattato lo quanto alla compensazione, non come garante, ma come debitore solidale. Errore del Toullier e del Duranton.

I. — 834. Questo articolo è semplicemete l'applicazione della regola, che la compensazione non è possibile se non per le obbligazioni di persone che sono veramente debitrici l'una dell'altra; ma questa applicazione ha bisogno di sviluppo per essere ben compresa.

Nel caso d'un debito garentito da un fidejussore, il principale obbligato è il solo contro il quale vi sia immediatamente un debito certo: quanto al garante, il suo obbligo si trova essere condizionale, perchè ei non è tenuto al debito, se non quando il debitore principale è inutilmente molestato, e non paga.

Allorchè dunque il creditore, che si trova essere nel tempo stesso debitore del principale obbligato, viene a citare il garante,

è molto evidente che questi possa dirgli « il vostro credito è estinto di pieno dritto per la compensazione di ciò che voi stesso dovreste al vostro debitore ; dunque questi cessando di essere vostro debitore , io ho cessato di essere vostro garante ».

Il nostro articolo quando dice, che il garante può *opporre* la *compensazione* di ciò che è dovuto al debitore, non vuol significare che questo garante può fare operare la compensazione ; significa che questo garante può invocare e fare constatare la compensazione operata di pieno dritto. Quando, al contrario, è il principale obbligato che il creditore viene a molestare, e questo creditore si trova essere debitore del garante , è chiaro che questo obbligato principale non può parlare di compensazione operata fra il suo creditore e il suo garante , poichè non già il garante ma egli solo è il debitore di questo creditore. Ecco ciò che significa il nostro 2 comma, che à avuto torto come il primo de' servirsi de' termini *opporre la compensazione*. Invece di dire che la compensazione potrebbe essere opposta in un caso , e non lo potrebb' essere nell' altro , bisognava dire, che la compensazione *ha luogo* in un caso , e ch' *essa non ha luogo* nell' altro.

835. Che se , nel caso di debito del creditore verso il garante , questo creditore dopo avere inutilmente citato l' obbligato principale , viene a molestare il garante , questi potrà dirgli ancora che v'è compensazione: poichè,se il debitore principale non paga, la condizione sotto la quale il garante doveva essere debitore verso il creditore è compiuta , e per conseguenza , i due debiti reciproci di questo creditore e di questo garante si sono compensati. E allora , quando il debito si è così estinto con compensazione , per l' effetto degli atti diretti contro il garante , è ben chiaro che il debitore principale si trova esso stesso liberato verso il creditore , e che quegli il quale si trova pagato con la compensazione che ha trovata presso il garante , non potrebbe rimettersi ad agire contro il debitore : questo creditore essendo allora pagato , non vi è altra azione possibile che quella del garante contro il debitore di cui egli ha soddisfatto il debito. Dunque, allorchè il 2 comma del nostro articolo dichiara, che il debitore non può opporre la compensazione (cioè a dire non può pretendere che una compensazione siasi operata) a ragione di ciò che il creditore doveva al garante, non intende parlare che del caso in cui il debitore principale è molestato,prima che il garante lo fosse stato , e non del caso in cui dopo una procedura inefficace contro questo debitore , il garante, molestato a sua volta, fosse così divenuto esso stesso debitore , e avesse in tal modo procurato una compensazione, in dispregio della quale il creditore volesse esercitare nuovi atti contro il debitore ormai liberato verso di lui.

In due parole, il debito del creditore verso il debitore principale dà luogo necessariamente e sempre alla compensazione ; al contrario il suo debito verso il garante non produce compensazione, se non quando questo garante è davvero divenuto debitore , e si è trovato astretto a pagare , per la inefficacia delle procedure dirette contro il principale obbligato ; ma dal momento in cui la compensazione si è operata, poco monta il come, egli è ben chiaro, che può invocarsi da tutti coloro che erano dapprima obbligati al debito, poichè, essendo esso estinto , tutti son liberati.

836. È a notare che, se il creditore, debitore del garante , molestasse in pria costui, senza aver agito contro il principale obbligato, non essendo allora il garante tenuto a pagare, e potendo rinviare il creditore ad escutere i beni del debitore (art. 2021) e per conseguenza la condizione sotto la quale trovar doveasi debitore non essendosi verificata, la compensazione *legale* non sarebbe possibile ; e se il garante invece di rinviare il creditore ad escutere il debitore , gli opponesse la compensazione di quanto gli deve, sarebbe allora un caso di compensazione *facoltativa*, che si opererebbe non già di pieno dritto , ma pel solo effetto del reclamo del garante , e pel quale i termini abusivamente impiegati dal nostro articolo *opporre la compensazione* , troverebbonsi esatti.

Parimenti , nel caso di parecchi garanti di cui l' uno trovisi creditore del creditore , se costui essendo molestato pel tutto , vuole , invece d'invocare il beneficio di divisione (art. 2026) rispondere a tale intima per opporre la compensazione, sarebbe pur questa una compensazione facoltativa.

Del resto la compensazione facoltativa producendo gli stessi effetti di quelle legale , è chiaro che quella che fosse così opposta dal garante o da uno dei garanti libererebbe tutti gli obbligati.

II. — 837. L' ultimo comma del nostro articolo , il quale non esisteva nel progetto , e non fu aggiunto che sulla domanda del Tribunato , sembra poco conforme ai principii. Esso dichiara sempre in quei termini impropri da noi fatti rilevare, che nel caso di obbligazione solidale, la circostanza che il creditore trovisi essere debitore verso uno dei coobbligati non basta perchè la compensazione si compia. Indubitatamente se il creditore eserciti la sua azione precisamente contro

quello tra' debitori solidali che trovasi essere suo creditore, vi sarà allora compensazione, e tutti i condebitori saran quindi liberati; ma se si dirige a qualche altro dei debitori solidali, non vi sarà compensazione. Laonde la compensazione in tal caso non risulta immediatamente, dacchè l' uno de' condebitori solidali è creditore; ma soltanto dall' azione diretta contro questo condebitore creditore.

838. Diciamo esser questa regola poco conforme ai principii. Infatti il principio fondamentale in questa materia è che la compensazione si opera di pieno dritto, tutte le volte che i due debiti essendo fungibili tra loro, liquidi ed attualmente esigibili, il creditore dell' uno è davvero il debitore dell' altro. Or in un' obbligazione solidale, la qualità di debitore principale esiste in ciascuno dei coobbligati, e per conseguenza sembra che la compensazione avrebbe dovuto compiersi per ciò solo che uno de' coobbligati, non importa quale, aveva il creditore per debitore. La legge non pertanto dispone altrimenti; e riproducendo qui la regola che il Pothier presentava ed avea creduto trovare nel dritto Romano (n. 274), dichiara che questa circostanza non basterà perchè la compensazione si avveri. Ecco del resto come si può (senza cacciarsi fra' testi romani, che punto non sono atti a rischiarare la quistione) presentar la teoria del Codice su tal punto... Ben è vero che, nell' obbligazione solidale, ciascun obbligato è debitore personale e principale pel totale del debito; ma soltanto in questo senso il totale potrà domandarsi dal creditore a quello tra' debitori, cui egli vorrà scieglierе. Questo totale in diffinitiva non deve pagarsi *da ciascuno* de' debitori, ma *da un solo* tra essi, e spetta al creditore di designare quello da cui vorrà fatto il pagamento. Laonde, invece di definire debito solidale quello nel quale il totale è dovuto *da ciascuno* de' varii obbligati, si potrebbe definire più esattamente quello nel quale il totale è dovuto *da quello* fra gli obbligati, *cui piacerà al creditore di richiederlo*. Ciò posto, finchè il creditore non si rivolga ad alcuno fra gli obbligati, ignorasi quale di essi sarà diffinitivamente debitore verso questo creditore; e per consegnenza la compensazione legale non è possibile tra il debito solidale e ciò ch' è dovuto ad uno degli obbligati.

Una volta che il creditore ha istituita la sua domanda, e quindi designato l' obbligato che intende riconoscere per debitore del totale, (almeno quanto al presente, e salvo ulterior cangiamento, giusta l' art. 1204), allora delle due l' una; o l' obbligato che trovasi così designato è precisamente colui verso del quale il creditore è debitore, ed è chiaro che in tal caso la compensazione si compie; ovvero è un altro, ed allora la compensazione non ha luogo, come dichiara il nostro articolo, perchè non è colui al quale deve il creditore, che trovasi essere verso di lui debitore personale del debito solidale.

Forse sarebbe stato meglio rigettare questa sottil teoria ed ammettere esservi compensazione dal momento in cui uno dei condebitori solidali è creditore del creditore; ma la legge è formale; *statuit lex*.

III — 839. Dacchè la legge non ammette compensazione a prò di un debitore solidale molestato dal creditore, in forza di quanto è dovuto al suo condebitore da questo credito, è egli da conchiuderne che la compensazione, in tal caso, non à neppur luogo per la parte e porzione del condebitore-creditore nel debito: ovvero bisogna dire che la disposizione del nostro articolo non à inteso respingere che la compensazione del totale del debito? Così quando Pietro, Paolo e Filippo debbon solidalmente 9,000 fr. a Tizio, il quale a sua volta deve una egual somma a Pietro, e Tizio molesti Paolo, costui potrà mai dire che la compensazione, dichiarata impossibile per la totalità del debito, à dovuto almeno aver luogo per la terza parte che Pietro sopportar deve in ogni evento, di tal che il debito più non sia di 6,000 fr.?

La ragione di dubitare (la quale ha impedito allo Zachariae (II p. 268) di rispondere affermativamente) è che il principio su cui poggia il nostro 3.° comma, si applica tanto alla compensazione della porzione del condebitore creditore, quanto alla compensazione del totale, e sembra dover far respingere e l' una e l' altra: non avendo la legge riguardato come propriamente e direttamente debitore verso il creditore che quello fra gli obbligati che vien citato dal creditore, deve risultarne nella nostra specie, che Paolo è solo debitore verso Tizio; che Pietro il quale è, certamente ed in ogni ipotesi, debitore della sua terza parte nel debito, non lo è che in rapporto ai suoi condebitori, e non rispetto al creditore che non à voluto rivolgersi a lui; che Paolo, il solo molestato, trovasi soltanto tenuto del totale verso Tizio; e che quindi la compensazione del debito altrui è impossibile sul totale e per una porzione quale che sia... Ma tutto che la regola potesse in effetto comprendere siffatta compensazione parziale, crediamo che la legge non abbia inteso estenderla sino ad essa: che la conseguenza che il testo desume da un tal principio, senza stabilire il principio stesso, non basta per dedurre un' altra conseguenza più lontana, più rigorosa, e che

nei fatti incontra un ostacolo non esistente per la prima. In fatti, nella nostra specie, Paolo essendo obbligato a pagare il totale, anche i 3000 fr. formanti la porzione di Pietro, potrebbe al momento che gli à pagati ed in cui è perciò divenuto creditore di questi 3000 fr. contro il suo condebitore, formare tra le mani di Tizio debitore di costui un sequestro per la egual somma, di tal che Tizio non la riceverebbe che per rendergliela poi. Laonde lo stesso Pothier, mentre critica in pria la dottrina del Domat, il quale ammetteva siffatta compensazione per la parte del condebitore creditore, finiva per riconoscere (*loc. cit.*) che bisognava seguire tale dottrina!.. Ed in fatto qualunque regola contraria non avrebbe menato che ad un inutile circuito di azioni, e ciò per la forza stessa delle cose, e per la conseguenza fatale del fatto, che prima di essere debitore *solidale*, ciascuno dei coobbligati è *debitore*; pria di dovere l'intero, per effetto della dimanda del creditore, ei già deve la sua parte, la deve necessariamente, e la compensazione di siffatta parte deve compiersi *ab initio*, e pria di qualunque domanda del creditore. Ci sembra dunque impossibile l' ammettere, nel *silenzio* dei redattori, una regola che in diffinitiva verrebbe meno innanzi ai fatti, e che il Pothier stesso, tutto che cercasse di combatterla in teoria, era costretto di ammettere in pratica. La nostra decisione in oltre è generalmente adottata (1).

IV.—840. Se i diversi coobbligati, sebbene debitori principali o garanti, si son tutti obbligati solidalmente, quali regole bisognerà loro applicare, quelle stabilite pel caso di fidejussione, o quelle ben differenti stabilite pel caso di solidarietà?

Il Toullier (VII-376, nota) ed il Duranton (XII-423) insegnano che l' obbligato in tal caso deve sempre esser trattato come debitore principale, o come garante, non già come condebitore solidale; ed un arresto della corte di Tolosa del 14 agosto 1818 sembra consacrar la loro dottrina.

Tal dottrina ne sembra erronea. Gli obbligati in tal caso non son debitore principale e garante che nei loro rapporti *tra di loro*, e non già rispetto al creditore, pel quale non v'à allora che condebitori solidali; l' art. 1216, dichiara che « se il debito solidale non concerne che uno dei coobbligati, questi è tenuto per tutto il debito *rispetto ai condebitori*, i quali non saran considerati *rispetto a lui* che come suoi garanti »; l'art. 2021 dice a sua volta che, quando il garante si è obbligato solidalmente « l'effetto del suo obbligo va regolato *coi principii stabiliti pei debiti solidali.* » Non di così adunque col Toullier e col Duranton, che il garante non cessa di essere garante per essersi obbligato solidalmente. No, egli cessa di esserlo *rispetto al coobbligato*; ma cessa di esserlo per divenire condebitore solidale *rispetto al creditore*. I testi lo dicono positivamente; e sarebbe *evidente*, pur che il testo nol dicesse, giacchè il garante viene ad assumere un *obbligo solidale* rispetto al creditore. Or tra' coobbligati non v' è quistione di compensazione, ve n' è tra il debitore e il creditore.

1295 [1249]. **Il debitore che puramente e semplicemente ha acconsentito alla cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, prima dell'accettazione.**

La cessione però alla quale il debitore non ha aderito, ma che fu al medesimo notificata, non impedisce che la compensazione dei crediti posteriori alla notificazione.

841. Abbian già avuto occasione di dire che la cessione per trasferimento di un credito non è perfetta se non quando è accettata dal debitore in un atto autentico, o intimato a questo debitore (art. 1690). Del resto, che tal trasferimento avvenga con l' accettazione stessa del debitore, o soltanto con la intima fattagliene, è chiaro che avrà sempre per effetto d' impedire in prosieguo ogni compensazione tra il credito ceduto e quelli che il debitore poteva acquistare contro il cedente; gli è evidente, perchè costui ha perduto con la cessione la qualità di creditore che ormai si appartiene al cessionario. Unicamente coi crediti che aver potesse contro questo cessionario, il credito ceduto potrebbe ormai compensarsi.

In quanto ai crediti che il debitore avesse sul suo creditore pria del trasferimento da costui fatto del suo, e che supponiamo riunissero tutte le condizioni richieste per la compensazione legale, non è men chiaro, che tale compensazione si è compiuta di pieno dritto, che quindi il credito ceduto più non esisteva al momento in cui cedevasi; e che il cessionario in conseguenza non à acquistato in massima alcun dritto contro un individuo ch' era stato debitore, ma che più non lo era. Pur tuttavolta un tal principio

(1) Toullier (VI-733); Delvincourt (II, nota); Duranton (XII-430); Rig. 24 dic. 1851 (Dev., 1 35,1,141).

non sempre si applica, o qui comincia la spiegazione del nostro articolo.

842. Se il trasferimento siasi fatto sol mercè una notificazione al debitore, il principio conserva tutta la sua forza, ed il trasferimento impedisce soltanto qualunque compensazione ulteriore, senza modificar l'effetto di quella già anteriormente compiuta. Tanto dichiara il nostro 2° comma. — Sarebbe pur lo stesso, se il debitore, nell' accettare il trasferimento, non l'avesse fatto che con protesta o riserva, dichiarando ch' ei pretende essere estinto, o considera poter esser estinto il credito che si cede.

Ma se accettò il trasferimento senza alcuna osservazione di tal genere, puramente e semplicemente, la legge ritiene che egli abbia con ciò rinunziato al beneficio della compensazione operatasi, e permette quindi al cessionario di agire contro di lui, come se tal compensazione non avesse avuto luogo. E siffatto dritto del cessionario sembraci dover essere ammesso, anche nel caso in cui il debitore non avesse riconosciuto il credito che avea contro il cedente; chè eragli sempre facile il far delle riserve per qualunque evento; ed il Tribunato, proponendo la nostra disposizione (la quale non era nel progetto) dichiarò in modo assoluto che, pel fatto stesso della sua accettazione, si reputa aver il debitore rinunziato ad ogni specie di compensazione di quanto il cedente poteva dovergli. Tal'è pure l' opinione generale (1).

843. Ma ben inteso il cessionario non avrebbe azione che contro il debitore personalmente, senza poter esercitare le fideiussioni, i privilegi o le ipoteche che garentivano il credito ceduto. Che se il debitore ha ben potuto rinunziare alla propria liberazione, non à potuto rinunziare al beneficio acquistato con l' estinzione del debito dai suoi garanti, dai suoi creditori ec.: il credito che ottiene allora il cessionario è un credito uguale all' antico (poichè è estinto); or se il debitore ha potuto obbligare sè medesimo, non ha potuto obbligare i terzi. Così decidono, come più sopra si è veduto, gli art. 1262 e 1263 in un caso analogo.

1296 [1250]. Quando i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione se non computate le spese di trasporto, nel luogo del pagamento.

844. Allorchè io vi debbo 5,000 fr. pagabili a Bordeaux, e voi mi dovete una simile somma pagabile a Parigi, la compensazione dei nostri due debiti si opera di pieno dritto, come se fossero entrambi pagabili nello stesso luogo; ma perchè tutte le cose sieno perfettamente eguali, e il duplice pagamento, che operasi allora fittiziamente, produca esattamente gli effetti che avrebbero i due veri pagamenti, la legge permette a quella tra le parti che procura all' altra un vantaggio maggiore di quello che le vien procurato, di reclamarne da costei la differenza. Se dunque il cambio di Parigi a Bordeaux sia del 2 per 0|0, e quello di Bordeaux a Parigi sia dell'uno, voi dovete darmi 50 fr. In fatti per far ritornare da Bordeaux a Parigi i 5,000 fr. ch' io v' avrei fatto rimettere nella prima città (se avesse avuto luogo l' effettivo pagamento) voi avreste dovuto pagarmi il 2 per 0|0, cioè 100 fr., mentre ch'io per farvi avere a Bordeaux la somma che voi mi avreste sborsato a Parigi, non avrei pagato che l' un per 0|0 vale a dire 50 fr. La compensazione adunque ha fatto evitare a me una spesa di 100 fr., son dunque 50 fr. che voi avreste dovuto rimettermi, perchè le cose sieno nello stesso stato, come se da una parte e dall' altra fossevi stato un vero pagamento.

Ma questo piccolo calcolo a farsi dopo la compensazione non le impedisce di operarsi di pieno dritto, ed il Delvincourt ed il Toullier son caduti in errore, allorchè ànno insegnato, che la compensazione allora non era se non facoltativa, e non avea luogo che dal momento in cui era *opposta* con l'offerta dello sconto necessario. La legge, siccome abbiam già fatto notare, punto non si occupa della compensazione facoltativa. Senza dubbio la dottrina (ed a ragione) distingue la compensazione legale e la facoltativa, ma il *testo* del Codice non si occupa che della prima, nulla nella nostra sezione fa allusione alle due classi di compensazione; non parla che di una sola, ed *essa si opera di pieno dritto, per sola virtù della legge, e ad insaputa dei debitori* (art. 1290)... Le parole *opporre la compensazione* voglion dunque significare nel nostro articolo ed in tutti quelli in cui sono impiegate, *invocare* la compensazione operata di pieno dritto, *prevalersene*. Ne troveremo le pruove nell' art. seguente, e specialmente nell' art. 1299.

1297 [1251]. Quando la medesima persona abbia più debiti compensabili, si osservano, per la compensazione, le stesse regole che si sono stabilite per l' imputazione nell'articolo 1256.

845. La compensazione costituendo un pagamento per ciascuna delle parti, le son per-

(1) Delvincourt, (t. II), Dorsoton (XIII-436), Zachariae (II, p. 419.)

ciò applicabili le regole sulla imputazione dei pagamenti. E siccome la compensazione legale, la sola, ripetiamolo, di cui parla la nostra sezione, si opera di pieno dritto, e senza alcun'espressione della volontà delle parti, ne segue non esservi possibilità di ricorrere qui alle regole tracciate dagli art. 1253-1255 per la imputazione espressamente fatta dal debitore o dal creditore, e che si applicheranno sempre e per forza quelle fermate dall'art. 1256 pel caso in cui nella quietanza nulla siasi detto a tal riguardo. Ed è perciò che si rinvia all'art. 1256; e questo rinvio da sè solo proverebbe abbastanza, che nella nostra sezione e specialmente nell'articolo precedente non trattasi che della compensazione legale.

1298 [1252]. La compensazione non ha luogo a pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che, essendo debitore, divenne creditore dopo il sequestro ordinato presso di sè a favore di un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro.

846. Sempre perchè la compensazione costituisce un pagamento, cui la legge compie da sè stessa pei due debitori, essa diviene impossibile nei diversi casi, in cui il pagamento ordinario non potrebbe aver luogo. Laonde al modo stesso che il pagamento non è più permesso al debitore, tra le mani del quale siasi formato un sequestro (art. 1242) all'istesso modo un tal sequestro impedirebbe che il debito si compensasse col credito che cotesto debitore potesse in seguito acquistare. Quindi ancora, poichè il compratore di un immobile ipotecato non può pagarne il prezzo al venditore, e deve conservarlo pei creditori ipotecarii, non potrebbe neppure pretendere che siffatto prezzo da lui dovuto siasi compensato coi crediti che vantar potesse contro del venditore. — Siffatta regola in oltre non è che l'applicazione dell'altra più generale, che la compensazione non à luogo che per due debiti, di cui ciascuno è attualmente *esigibile*, vale a dire in condizioni tali che il creditore possa immediatamente astringere il debitore al pagamento; il creditore non può astringere al pagamento il debitore, tra le mani del quale esiste un sequestro, o il debitore del prezzo di vendita di un immobile ipotecato.

1299 [1253]. Quegli che ha pagato un debito il quale era di diritto estinto in forza della compensazione, proponendo il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può, in pregiudizio dei terzi, prevalersi dei privilegi o delle ipoteche annesse al suo credito, quando però non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare un credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

SOMMARIO

I. Pruova di un errore del Toullier di sopra notato. Sviluppo del principio consacrato dall'articolo, e dell'eccezione che vi arreca.
II. La regola e l'eccezione si applicherebbero ugualmente a colui che, invece di pagare il debito compensato, ne avesse accettata la cessione.

I. — 847. Il testo di questo articolo basterebbe all'occorrenza per provare, che con le espressioni *opporre la compensazione*, di cui servesi così spesso, il Codice ha inteso *invocare, far valere* la compensazione *legalmente compiuta:* qui scorgesi chiaramente;poichè l'articolo parla di un debitore che punto non à *opposta la compensazione* per un debito *ch'era estinto di pieno dritto*.Quest'articolo combatterebbe da sè solo la dottrina contraria del Toullier e del Delvincourt sull'art. 1296.

Questo debitore, che, lungi dal prevalersi della compensazione compiutasi, paga il suo debito estinto, come se tuttora esistesse, trovasi quindi aver pagato una cosa non doduta, e può ripeterla, giusta lo art. 1235. Lo può anche quando avesse pagato nella scienza di non dover nulla e senz'alcun errore, siccome abbiam già provato sotto l'art. 1235 (n. III, 3° comma) in cui abbiam fatto notare che l'art. 1377 (il quale non accorda la ripetizione se non a colui che ha pagato per errore) non parla che di colui il quale ha pagato un debito veramente esistente, ma che non era il suo, mentre che l'art. 1276 (che parla del caso in cui il debito pagato non esisteva, come nella nostra specie) accorda la ripetizione assolutamente e senza alcuna condizione di errore di chi paga.

848. Quando il debitore, il quale ha così pagato al suo ex-creditore un debito estinto mercè la compensazione del credito che avea contro di lui, viene in seguito ad agire contro di costui, non è già un tal credito che egli esercita, come creder si potrebbe, giusta i termini inesatti del nostro articolo; ma è, siccome abbiam veduto, e fu pur riconosciuto dall'oratore del Governo nella esposizione dei motivi, un credito novello risultante dal pagamento indebitamente fatto. In effetti egli è chiaro, che l'antico credito di questo debitore si è estinto col suo debito, essendovi stata compensazione da una parte e dall'altra. Egli è quindi chiarissimo

che i privilegi, le ipoteche, le fidejussioni, e ogni altra specie di garenzie che proteggevano il credito, e che con esso si estinsero, più non possono invocarsi... Purtutta volta la legge fa rivivere siffatte garenzie a pro del nuovo credito, e permette di prevalersene, come se il credito primitivo sussistesse tuttora, allorchè colui che ha pagato senza invocare la compensazione, lo abbia fatto sol per una ignoranza scusabile della esistenza del credito che gli apparteneva; per esempio quando questo credito risultava da un testamento che non erasi scoverto se non posteriormente al pagamento fatto; ben inteso che spetterebbe a lui il provare una tale ignoranza e la legittimità di essa, che non sarebbero se non punti di fatto valutabili dai magistrati. — Nello spiegare il nostro articolo innanzi al Corpo legislativo, il Bigot-Préameneu à formalmente dichiarato che, se il debitore creditore non può più prevalersi qui dei privilegi e delle ipoteche, gli è perchè « la compensazione *operandosi di pieno dritto ed estinguendo l'obbligazione*, I SUOI ACCESSORII son pure annullati ». Questa proclamazione del principio è ben sufficiente per istabilire, che quanto si è detto nell'articolo, dei privilegi ed ipoteche, estendesi a tutti gli altri accessorii quali che sieno e specialmente alla fidejussione.

II. — 849. La regola e l'eccezione indicate dal nostro articolo pel debitore-creditore, il quale ha *pagato* il debito estinto per compensazione del suo credito, applicherebbonsi parimenti a colui che, invece di pagare un tal debito, ne avesse accettato la cessione puramente e semplicemente.

Quindi, allorchè io debbo 1,000 fr. a Pietro, il quale mi deve a sua volta una consimile somma, ed io non pertanto accetto senza osservazione la cessione ch'ei fa a Paolo del suo credito su di me, egli è aperto, che sottoponendomi così a pagare al cessionario di Pietro i 1,000 fr. che più non doveva a costui, io ripongo costui nella necessità di pagarmi a sua volta i 1,000 fr. di cui era liberato verso di me, come io l'era verso di lui: se accettando la cessione che Pietro fa di un credito estinto, io mi obbligo con ciò stesso a pagare una somma uguale al suo cessionario (art. 1295) egli è ben chiaro, che Pietro facendo e proponendomi di accettare tale cessione di un credito estinto, si obbliga del pari a pagarmi una somma uguale al debito che aveva verso di me, e che non erasi estinto se non per compensazione del credito che oggi cede. Pur tuttavolta, siccome i 1,000 fr. che mi deve, costituiscono un credito uguale all'antico, ma non l'antico credito stesso, ne segue ch'io più non avrei le garentie che proteggevano questo antico credito: sarebbe l'applicazione della regola fermata dal nostro articolo.

850. Ma egli è evidente doversi apportare alla regola, per tal caso perfettamente analogo, l'eccezione indicata dall'articolo. S'io avea una giusta causa d'ignorare il mio credito, e la compensazione che à prodotta; se per esempio il mio credito (ipotecato, garentito, ec.) mi provveniva dalla successione di un parente dimorante molto lungi e di cui non avea ancor potuto conoscere la morte al momento in cui ò accettato la cessione fatta a Paolo, egli è aperto che tale accettazione della cessione non dovrà punto privarmi del dritto di esercitare le garenzie annesse al mio credito, come nol farebbe il pagamento che avessi potuto fare: l'eccezione di favore che il nostro articolo attribuisce all'errore ragionevole pel caso di pagamento, esisterà pur necessariamente per questo caso di accettazione di cessione, e può anzi dirsi che *a fortiori* debba essere così. Infatti nulla di più energico, per la rinunzia alla compensazione che potrebbesi invocare contro un debito, che il pagamento stesso di esso debito; al contrario quando un debitore accetta la cessione fatta dal suo creditore, l'accettazione anche pura e semplice, potrebbesi intender così: « Io consento nè più nè meno ad esser rispetto al cessionario *nella posizione in cui era* rispetto al cedente, e per conseguenza non rinunzio ad alcuno dei dritti che aver potrei contro di costui... » Dunque se, a causa della disposizione forse troppo severa dell'art. 1295, quest'accettazione produce qui contro il debitore l'egual effetto del pagamento stesso, egli è ben chiaro che non può produrne dippiù.

2. Della compensazione facoltativa.

851. La compensazione facoltativa è quella che, non potendo operarsi il pieno dritto, atteso il manco di qualcheduna delle quattro condizioni richieste, non si compie se non a richiesta di uno dei debitori, perchè trovasi essere in potere di costui di realizzare, ed in effetti realizza quella tra le condizioni che sulle prime mancava.

Laonde 1° quando io vi debbo 1,000 fr. puramente e semplicemente, e voi mi dovete una simile somma, ma con un termine stipulato in mio favore, i nostri due debiti non possono compensarsi di pieno dritto, poichè uno di essi non è *esigibile*, e voi non potreste astringermi a ricevere il pagamento; ma se, sulla domanda di pagamento che mi dirigete, io dichiaro rinunziare al beneficio del

termine, egli è chiaro non esservi più ostacolo alla compensazione. 2° Se voi mi doveto il tal cavallo determinato, ed io ve ne debba uno in generale, la compensazione legale non è possibile, poichè gli oggetti dei due debiti non sono esattamente *fungibili*, ed io non posso essere astretto a serbare il cavallo qualunque che vi debbo, invece di quello determinato che voi a me dovete; ma se all'intima da voi fattami, io dichiaro che intendo rilasciarvi precisamente il cavallo che mi doveto, i due debiti si troveranno immediatamente compensati; sarà come se realmente avessi ricevuto il cavallo da voi dovuto, e dopo ve l'avessi consegnato; 3° quando essendo vostro creditore di 2,000 fr., ho garentito il debito di egual somma di Pietro verso di voi, e voi vengliate a molestarmi anche pria di aver citato il debitor principale, non v'à luogo a compensazione legale, poichè sino al momento non siam *debitori l'un dell'altro* (art. 1294, n. 1°); ma se, invece di opporml alla vostra azione, io acconsento a rispondervi, dichiarando che intendo pagarvi mercè l'abbandono di quanto voi stesso mi dovete, egli è chiaro che i due debiti si compenseranno. 4° Se finalmente, allorchè io vi debbo una somma di 10,000 fr., voi men dovete una, la cui generalità dipende da una valutazione facile a farsi, o da un conto che può sollecitamente acclararsi, non potrebbesi parlare di compensazione di pieno dritto, non essendo *liquido* uno dei debiti; ma se sulla vostra intima, io domando al tribunale perchè si proceda immediatamente alla liquidazione del mio credito, e perchè io possa liberarmi con la compensazione, dovrà accordarmisi un tal termine, e la compensazione avrà luogo in seguito sino alla concorrenza del minore dei due debiti (se non sieno uguali). «Allorchè la contestazione,
» fu detto nel Consiglio di Stato, si presen-
» terà nelle circostanze proposto (per crediti
» facili a liquidarsi), il giudice deferendo
» all'equità, accorderà un termine pel paga-
» mento, e darà quindi al debitore il tempo
» di far liquidare il credito e compiere la
» compensazione. »

852. La domanda di compensazione, essendo prodotta in giudizio dal convenuto *per respingere o attenuare le conclusioni dell'attore*, riceve talvolta il nome di *domanda riconvenzionale* o di *riconvenzione*.

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE

853. La confusione, considerata come causa di estinzione di un'obbligazione, è la riunione in una stessa persona delle due qualità che trovansi incompatibili tra loro, ed il cui concorso rende impossibile l'obbligazione. Siffatte due qualità, il cui concorso estinguo l'obbligazione sono ordinariamente quelle di creditore o debitore. Ma vedremo più innanzi non esser sempre così, e quindi a torto l'art. 1300 e con esso il Duranton (XII-467) e lo Zachariae (tl, p.419) definiscono la confusione, l'estinzione dell'obbligazione mer- il concorso delle due qualità di *debitore e creditore*; questa definizione è troppo concisa.

1300 (1254). **Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una confusione di diritto che estingue i due crediti.**

854. Siffatta pretesa definizione della confusione è sommamente falsa, e meglio si addirebbe alla compensazione. La confusione non estingue due crediti, sibbene un solo; estingue un credito ed un debito, in seguito della riunione delle qualità di creditore e debitore di una sola e stessa obbligazione.

Questa falsa idea del nostro articolo è stata talvolta riprodotta dalla giurisprudenza, specialmente da un arresto della Corte di Cassazione. Trattavasi di una vendita ch'era stata annullata; ed il venditore, debitore della porzione di prezzo da lui ricevuta, trovandosi reciprocamente creditore del valore di questi due oggetti venduti, che il compratore avea distrutti, avea prodotto ricorso per annullamento contro la decisione (Rouen) la quale avea ricusato di compensare i due debiti. La Corte, «atteso che il venditore trovandosi debitore del prezzo ed il creditore del valore degli effetti involsti, operavasi *confusione nella sua persona* sino alla concorrenza,» cassò la decisione di Rouen per violazione dell'art. 1300 (1). Or ben si vede esser questo un caso, non di confusione, ma di compensazione facoltativa, e soltanto per aver violate le regole della compensazione l'arresto dovea esser cassato...

Il nostro articolo dovea dunque dire, e senza dubbio così à inteso: una confusione ch'estingue (in una sola e stessa obbligazione) *i due dritti*, attivo o passivo.

Così modificata, la proposizione del nostro articolo sarebbe esatta (essendo incontestabile che quando le qualità di creditore o debitore vengono a concorrere, vi è estinzione dell'obbligazione per confusione) ma tutto che esatta in sè stessa, la proposizione non sarebbe ancora una buona definizione della confusione. Chè, giusta quanto abbiam detto, e quanto vedremo all'art. seguente, può esservi es'in-

(1) Cass. 13 maggio 1833, (Dev., 33, 1, 668).

zione di obbligazione mercè confusione, sebbene le due qualità, il cui concorso opera un tal effetto, non sieno quelle di creditore e debitore.

1301 (1255). La confusione che ha luogo nella persona del debitore principale, giova ai suoi fidejussori;

Quella che succede nella persona del fidejussore non produce l'estinzione della obbligazione principale;

Quella che ha luogo nella persona del creditore, non giova ai suoi condebitori solidarj se non per la porzione di cui era debitore.

SOMMARIO

I. Cattiva redazione dell' articolo ; non devesi considerar la persona nella quale si fa la confusione.
II. La confusione non estingue se non i dritti che rende assolutamente impossibili. Applicazioni della massima.
III. La definizione che ordinariamente si dà della confusione è troppo stretta.
IV. Revoca della confusione ; tale rivoca non sempre à effetto contro i terzi.

I.—855. Le tre regole fermate dall'articolo, di cui l'ultima è stata già formolata dallo art.1209 ed a suo luogo spiegata, sono espresse in modo troppo stretto. Poco monta in fatti, in persona di chi si faccia la confusione: quel che importava sapersi, si è quali sono le due qualità, mercè le quali la confusione si opera... La confusione di due qualità incompatibili, per esempio quella di creditore e debitore, può operarsi o nella persona del creditore che viene a succedere al debitore, come erede, legatario, o altrimenti, o nella persona del debitore, il quale succede al creditore; o in fine in persona di un terzo, che succede ad un tempo e al creditore e al debitore. Or in chiunque la confusione si operi, egli è evidente esser sempre lo stesso l'effetto.

Adunque, invece di dire che «*la confusione che operasi* IN PERSONA *del debitore principale giova al garante*» bisognava parlare della *confusione che si opera mercè il concorso delle qualità di creditore e debitor principale*, facendo astrazione dalla persona in cui la confusione si compie. Bisogna dir altrettanto delle altre due regole del nostro articolo, ed appunto perchè è indifferente la persona nella quale si fa la confusione, il nostro ultimo comma parla di una confusione operata in persona del *creditore*, nel caso in cui, secondo il suo sistema, dovea dire in persona del *condebitore*, poichè soggiunge « non giova *ai suoi* condebitori, se non per la porzione *di cui era* DEBITORE» Vero si è che non bisogna preoccuparsi della persona in cui si confondono le due qualità, ma soltanto delle qualità stesse.

Così, nell' obbligazione garentita, quando le due qualità di creditore e di debitor principale si riuniscono in una stessa persona, egli è chiaro che il debito principale si estingue (essendo impossibile di esser debitore verso sè stesso) ed è chiaro pure che, il debito principale estinguendosi, si estinguerà pur con ciò l' obbligazione accessoria del garante. — Se al contrario, àvvi confusione della qualità di creditore e di garante, è evidente, che evvi con ciò estinzione della garentia (non potendosi garentire il proprio credito) non vi sarà perciò estinzione del debito principale, il quale sussisterà sempre come debito non garentito, o garentito sol da altri (se più fossero i garanti). — Che se la confusione ha luogo tra le qualità di garante e quella di debitor principale, vi sarà pure, senza alcun dubbio, estinzione della garentia (chè non puossi garentire il proprio debito, come non si può il proprio credito); ma le altre diverse garenzie che si fossero date, vuoi dal debitore, vuoi dal garante, delle ipoteche, p. es. che ciascuno degli obbligati avesse consentite, sussisterebbero tutte; non essendovi impossibilità che esse si mantengano. — Se le due qualità che vengonsi a riunire sono entrambe quella di garante; p. e. se due di quattro garanti, di cui ognuno garentiva il debito per un quarto, succedonsi l' un l'altro, o trovansi avere un terzo per unico successore, non vi sarà confusione, ma semplice accoppiamento delle due qualità che nulla ànno d' incompatibile, e di cui l' una punto non distrugge l' altra; di tal che invece di quattro garanti, che risponder doveano ciascuno per un quarto, ve ne saran tre, di cui uno risponde da sè solo della metà. In fatti non àvvi ragione, perchè sia impossibile che la stessa persona garentisca un debito per un primo ed un secondo quarto ad un tempo.

857. In quanto al debito solidale, abbiamo già spiegato all' articolo 1209 l' effetto della confusione delle qualità di creditore e condebitore. — Se le due persone di cui l'una succede all' altra o che trovansi avere un solo e medesimo successore, fossero due condebitori solidali, non essendo impossibile che uno stesso obbligato sopporti rispetto a' suoi coobbligati due porzioni del debito, non vi sarà confusione in quanto ai condebitori, e colui che ne rappresenta da sè solo due, dovrà ciò che dovranno gli altri due (p. e. se fossero tre, dovrà due terzi e l' altro un terzo soltanto come prima); ma rispetto al creditore essendo impossibile di dovere due volte la to-

talità d'una stessa cosa, è ben chiaro che vi sarà una confusione producente tutto il suo effetto, vale a dire sparizione di uno de' debitori solidali. Così, quando il creditore non aveva che due debitori solidali, più non ne avrà che un solo, di tal che sarà svanita la solidarietà. Il Duranton ha dunque torto di dire che «la confusione nulla opera in tal caso» (XI-222). Se invece del debito, il credito fosse solidale, il principio di sopra formolato di rebbe sempre la facile soluzione de' differenti casi che potrebbero presentarsi. Così quando la confusione si opera tra le qualità di concreditore solidale, e di debitore, egli è aperto non esservi estinzione del credito e del debito se non per la parte che aveva il creditore: p. e. se uno de' creditori solidali di 900 fr. succede al debitore (o che questo debitore gli succeda, o ch'entrambi abbiano un successore comune) più non vi sarà che un debitore di 600 fr. (invece di 900 fr.) e due creditori solidali di questa stessa somma (invece di tre). Se le due qualità che vengono a concorrere sieno l'una e l'altra quella di creditore (se di tre creditori due succedansi a vicenda o trovinsi avere un comun successore) àvvi ben confusione, nel senso che il debitore più non ha che due debitori solidali invece di tre, essendo impossibile che una stessa persona abbia due volte dritto alla totalità di una stessa cosa; ma non vi è confusione e nulla è mutato pe' concreditori tra loro. Uno di essi ha dritto a' due terzi, come l' avevano i due creditori che rappresenta, per la semplicissima ragione che nulla v' ha d' incompatibile tra il dritto ad un terzo, e quello ad un secondo terzo; vi è adunque addizione, e accoppiamento di questi due dritti, e non già distruzione dell' un coll' altro.

858. Egli è inoltre ben evidente che l' estinzione dell'obbligazione per confusione non si opera che ne' limiti in cui v' è concorso delle due qualità incompatibili, così per esempio, quando il debitore non diviene erede del creditore che per una metà, egli è chiaro, non esservi estinzione della sua obbligazione che per metà, mentre per l' altra rimane debitore verso colui o coloro a cui passa l' altra metà; vale a dire verso colui o coloro cui ricade l'altra parte della successione del defunto creditore... In tutt' i casi in cui la confusione non sarà che parziale, gli effetti di sopra indicati non si realizzeranno che parzialmente.—Gli è superfluo il dire che, perchè siavi confusione delle due qualità del defunto e dell' erede, è mestiere che costui sia erede puro e semplice, poichè ben si sa che un' accettazione beneficiaria serba la distinzione de' patrimoni, e non fa dell' erede il rappresentante del defunto (art. 802).

III. — 859. Basta quanto si è detto in questo n. II. circa la riunione delle due qualità di *debitor principale* o di *fideiussore* per provare la insufficienza della definizione che fanno della confusione la maggior parte degli autori. Egli è evidente in fatti che nel caso qui citato v' à estinzione d' una obbligazione, liberazione del garante. Nè è meno evidente, che tale estinzione si opera per confusione, vale a dire pel concorso di due qualità incompatibili, e di cui l' una distrugge l' altra. Ora un tal caso non trovasi compreso nella definizione che presenta la confusione come il concorso delle due qualità di *debitore* e di *creditore*. Tale distinzione è dunque troppo stretta.

IV. — 860. Se la confusione operatasi venga ad essere annullata, egli è chiaro che svaniscono gli effetti da lei prodotti. Così, p. es. se l' erede fa annullare la sua accettazione, impugnandola di violenza, rattrovasi, in diritto, non esser mai stato erede, e per conseguenza quantunque confusione avesse potuto operarsi nella sua persona, sarà completamente non avvenuta. I crediti che questo erede aver poteva contro il defunto, e quelli del defunto contro di lui, sussisteranno quali erano pria dell' accettazione, e coi privilegi, ipoteche, fideiussioni o altre garenzie che li proteggevano.

861. La revocazione della confusione potrebbe anche risultare da una semplice convenzione, e senza ch' esistesse alcun motivo legale di annullare la causa di tale confusione. Così, l' erede la cui accettazione è perfettamente regolare e valida, può vendere l'eredità ad un terzo; e questo terzo sarà investito perciò dei dritti ereditarii in luogo del suo venditore, il quale vedrà estinti i dritti attivi e passivi che poteva avere verso la successione, mentre che quelli di questo venditore rinasceranno però contro di lui, e si reputeranno non essersi mai estinti; l'erede dovrà al suo compratore tutto quel che doveva al defunto, ed il compratore gli dovrà tutto quel che il defunto gli doveva. Ma la revocazione che operasi così per semplice convenzione, non avrà un effetto tanto esteso quanto quella che operasi per la nullità legale della causa che aveva prodotto la confusione. Essa sarà senza dubbio pienamente efficace tra i contraenti, ma non potrà far rivivere, in pregiudizio dei terzi, le garenzie, ipoteche ed altri dritti che erano debitamente estinti. La semplice volontà dell' uomo non può legare i terzi, e l' erede non può per suo semplice capriccio far sì, che la sua

accettazione valida si reputi nulla e non avvenuta, anche a detrimento di questi terzi, e per cancellare il benefizio che erane per essi risultato (Duranton, XII-487).

SEZIONE VI.

DELLA PERDITA DELLA COSA DOVUTA (E DEI DIVERSI CASI IN CUI RENDESI IMPOSSIBILE L' ADEMPIMENTO DELLA OBBLIGAZIONE.)

862. Abbiam già fatto notare sotto l'art. 1234, che il Codice presenta in modo troppo stretto questa novella causa di estinzione delle obbligazioni, e che invece di parlar soltanto *della cosa dovuta*, bisognava parlare in generale dello *avvenimento che rende impossibile l' esecuzione dell' obbligazione*. Ed in fatti è una verità divenuta proverbiale, che *all' impossibile niuno è tenuto*, or se mi è impossibile di consegnarvi il mobile distrutto da un incendio, mi è del pari impossibile di farvi il ritratto che vi avea promesso, quando un accidente m'à tolto un braccio, o fatto perdere la vista.

Abbiam dunque dovuto, nello spiegare quest' art. 1234, criticare la divisione presentata dal Toullier (VII, n. 2-6°) e dal Duranton (XII, n. 2) su questa materia dell' estinzione, divisione, nella quale i due autori non parlano, come il Codice, che *della perdita della cosa*. Questa omissione è riparata dal Toullier, allorchè giunge alla nostra sezione VI, alla quale assegna una rubrica abbracciante tutti i casi di impossibilità d' esecuzione ed in cui à cura di spiegare (n. 446) che l' obbligazione si estingue sempre « allor quando un avvenimento qualunque, che non può imputarsi al debitore, rende impossibile l' adempimento di questa obbligazione » Ma il Duranton, che non pertanto ha scritto posteriormente, lascia passare tutta la spiega della sezione, senza parlar d' altro che *della perdita della cosa dovuta* (n. 488-511).

1302 [1256]. Quando una certa e determinata cosa che formava il soggetto della obbligazione, perisce, è posta fuori di commercio, o si perde, in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l' obbligazione s'estingue, se la cosa sia perita o smarrita senza colpa del debitore, e senza che fosse in mora.

Quando pure il debitore sia in mora, e non abbia assunto in sè stesso i pericoli dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore in caso che gli fosse stata già consegnata.

Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o siasi smarrita una cosa rubata, la di lei perdita non dispensa colui che l'ha sottratta dalla restituzione del valore.

1303 [1257]. Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o perduta, senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d'indennità, se alcuna glie ne compete riguardo alla medesima.

SOMMARIO

I. Impossibilità di consegnare l'oggetto dovuto determinatamente. Sviluppo dell' art. 1302. — Critica della dottrina del Duranton e dello Zachariae sulla regola relativa al ladro. — Inutilità dell' art. 1303.
II. Le regole degli articoli 1302 e 1303 si applicano altresì al debito alternativo di due oggetti che periscono l' uno e l' altro : ed eziandio al debito di una cosa indeterminata da prendersi in una specie che perisca tutta quanta.
III. Impossibilità di eseguire l' obbligazione che non consiste in consegnare una cosa.
IV. Quando l' estinzione dell' obbligazione lascia sussistere l' obbligo correlativo.

I. — 863. Allorquando io era obbligato di consegnarvi il tal cavallo, ed è morto, o la tale casa ed è stata inghiottita dalle fiamme, o il tale pezzo di terra, ed il governo se n' è impadronito per causa di pubblica utilità, o la tala collezione di uccelli curiosi, i quali sono scappati via, senza ch' io sappia che sia di essi avvenuto; a dir breve, tutte le volte che la mia obbligazione avea per oggetto una cosa individualmente determinata, ed è sopravvenuto un avvenimento che mi pone nell' assoluta impossibilità di consegnarvela, egli è aperto che per ciò solo, e senza neppur considerare, se tale avvenimento possa o no imputarmisi, evvi, per la forza stessa delle cose, estinzione della mia obbligazione. Soltanto se l' avvenimento che rende impossibile la esecuzione sia a me imputabile, il mio debito del corpo certo sarà sostituito da un debito di danni-interessi ; mentre che nel caso contrario io sarò liberato puramente e semplicemente. Allorchè adunque il nostro articolo dichiara, che l'obgazione non è estinta per la impossibilità di consegnare il corpo certo, se non quando questa impossibilità non sia per colpa del debitore, intende parlare della estinzione pura e semplice che libera totalmente il debitore.

Del resto, perchè l' avvenimento che rende impossibile l' esecuzione, sia qui imputabile al debitore, non è necessario che provenga da sua colpa, basta che provenga dal fatto suo, come si è già detto più volte, e come lo prova segnatamente l' art. 1245.

Così il debitore di una cosa individualmente determinata è liberato pienamente ed assolutamente, tutte le volte che trovisi nella impossibilità di consegnarla senza fatto suo, e senza sua colpa. E ben inteso, spetta al debitore il provare che l' oggetto si è perduto, è stato distrutto, o posto fuori commercio; e spetterebbe al creditore, il quale pretendesse che un tal risultato sia avvenuto per colpa o fatto del debitore, a far la pruova di una tale asserzione: di fermo spetta sempre a colui che affaccia una pretesa, di giustificarla.

864. È risaputo, che la mora ossia il ritardo di esecuzione, costituisce già un fatto riprovevole pel debitore. Pur tutta volta questo fatto non produce il suo effetto, e non impedisce l' estinzione assoluta (vale a dire l' estinzione senza danni-interessi) che in quanto abbia ben essa arrecato pregiudizio al creditore. Se dunque il debitore presso del quale la cosa è perita per accidente, allorchè era in mora di consegnarla, prova che sarebbe parimenti perita presso del creditore cui l' avesse consegnata all' epoca voluta, questo debitore non dovrà i danni-interessi.

865. È inutile il dire, che la regola dell' estinzione assoluta e senza danni-interessi per la perdita (non imputabile) della cosa, soffrirebbe eccezione per una circostanza particolare di cui l' art. 1302 non parla che nel suo 2° comma, ma che modificherebbe egualmente la regola del comma 1.° Vogliamo intendere del caso, in cui il debitore di un corpo certo si è sottoposto con una convenzione particolare a subire egli le conseguenze degli avvenimenti che potessero sopraggiungere. Egli è chiaro che, quando il debitore à voluto, derogando alla regola dell' art. 1138 porre così a suo carico i rischi della cosa, dei casi fortuiti, dovrà pagare al creditore il valore di essa cosa, in qualunque modo sia perita o scomparsa.

866. L' ultima comma dell' art. 1302 ha fatto sorgere una controversia, dichiarando senz' altra spiega che, quando il corpo certo è dovuto in seguito di furto, il ladro deve sempre il prezzo della cosa, in qualunque modo trovisi nella impossibilità di renderla. Tale disposizione toglie certamente al ladro la facoltà di liberarsi, provando che la cosa è perita senza sua colpa (ed è ben giusto, poichè un ladro è sempre in mora di rendere la cosa, ed il fatto del possesso è una continua colpa); ma gli toglie egualmente il dritto di liberarsi, provando che la cosa sarebbe perita presso del proprietario stesso come lo fu presso di lui?

Il Toullier (VII-468) risponde affermativamente, ma senza dare alcuna ragione. Al contrario il Duranton (XII, n. 506) e lo Zschariae (II, p.422 nota 6) sostengono la negativa, poggiandosi su questo principio fondamentale del nostro dritto, che niuno deve arricchirsi a danno altrui.

Quest' ultima opinione ci sembra erronea, e pensiamo che il legislatore abbia inteso privare il ladro tanto del benefizio del 2° comma del nostro articolo, quanto di quello del primo. Il contesto del Codice e l'ordine delle idee che segue, l' indica diggià, poichè pone la regola relativamente al ladro non dopo il 1° comma, ma in fine dell' articolo; il che fa naturalmente riferire a tutto quanto si precede, le parole *in qualunque modo la cosa sia perita*, e lor dà il più largo senso possibile. Siffatta interpetrazione sì naturale grammaticalmente, fortificasi d' altronde con la storia; chè il nostro articolo nei suoi quattro commi non è che il riassunto delle regole sviluppate dal Pothier nello stesso ordine (art. III); ed il Pothier spiegava che « non devesi entrare nella discussione di sapere, se la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore rispetto a coloro che l' anno involata. » Ed in fatto il Codice non avea qui ragione di allontanarsi dalla dottrina del Pothier, chè il principio che uno non debbasi arricchire col danno altrui, principio che il Duranton esagera a pro del ladro, rimane quì perfettamente salvo, in seguito di quanto àvvi di aleatorio nelle circostanze. Quando mi si ruba, lo corro grandi probabilità di non iscovrire il ladro, e di non più ricuperare la mia cosa di cui egli profitterà. Ciò posto, che v' è d' ingiusto, perchè il ladro corra l' eventualità di pagarmi questa, cosa anche nel caso in cui sarebbe perita presso di me, e faccia così sorgere per me una probabilità di lucro in mezzo a tante di perdita?... Quando si rifletta che le probabilità sono ancor più favorevoli per lui che per me: che d' altronde per sola sua cagione è sorta la nostra reciproca posizione; ch' egli lo à fatto con un delitto e fors' anco con un misfatto; non si può certo essere sorpresi della regola del Codice, la quale altro non vuol dire, se non che il ladro, pel fatto del suo furto, assume i casi fortuiti, a quella guisa che ogni altro creditore potrebbe assumerli mercè una convenzione particolare, come più sopra si è veduto.

867. In quanto all' art. 1303, esso è un

non-senso nel Codice, egli è evidentemente per errore che i redattori l' àn copiato dal Pothier in seguito delle disposizioni che precedono.

Una volta, quando colui ch' erasi obbligato a trasferire un corpo certo, ne rimaneva proprietario sino alla tradizione, egli è chiaro che le azioni di indennità, o altri (alle quali poteva dar luogo la perdita dell' oggetto sopraggiunta pria della tradizione) appartenevano a questo debitore proprietario, e che questo debitore nella impossibilità di consegnare l' oggetto, doveva almeno trasferire al suo creditore le azioni che egli aveva in luogo e voce di tal oggetto. Così, per esempio, se il cavallo che mi doveva Pietro era stato ammazzato per malvagità dal mio vicino, o se il terreno formante l' oggetto dell' obbligazione gli era stato tolto per causa di utilità pubblica, Pietro era tenuto di cedermi l' azione per danni-interessi che aveva contro il vicino, o lo Stato. Ma oggidì che il creditore diviene proprietario per l' effetto immediato della convenzione e prima di ogni tradizione (art. 1138) egli è aperto che i dritti, i crediti, e le azioni che possono nascere dalla perdita dell' oggetto, e dall' esser questo stato posto fuori commercio appartengono a questo creditore, e che quindi il debitore non può a lui cederli.

Inoltre, il nuovo principio del Codice a tal riguardo rende più evidente ancora la decisione affermativa che il Pothier dava già sul punto di sapere, se la cosa principale essendo perita, l' accessorio sarebbe ancora dovuto. Così quando Pietro mi doveva il tal cavallo, bell' e guarnito, il Pothier dice che la morte del cavallo non impedisce che Pietro mi debba il guarnimento (come pure la pelle del cavallo). Egli fa osservare con ragione che le leggi 2ª del Dig. *de Pecul. leg.*, e 49 del *legat.* 2.°, che fermano una regola differente in caso de' legati, non possono opporsi a questa decisione; poichè l'annullamento dell' oggetto principale del legato succedendo nell' ipotesi di queste leggi, prima della scadenza del legato, (cioè a dire vivente il testatore) impedisce che questo legato si realizzi, in modo che l' erede non diviene debitore dell' oggetto legato: mentre che nel caso d' una convenzione, l' obbligazione essendo stata perfetta *ab initio*, deve eseguirsi per tutto ciò che resta dell' oggetto dovuto. . Oggi, che, per il fatto medesimo della convenzione, il creditore è divenuto *proprietario* del cavallo bardato, la soluzione è anche più semplice; ed è chiaro ch' egli abbia il dritto di esigere la pelle e il guarnimento, poichè gli appartengono; *meum est quod ex re mea superest*. Non si comprende dunque come il Demante (II-772) abbia potuto mettere questo punto in quistione.

II.—868. Le regole da noi spiegate pel caso d' un oggetto individualmente determinato si applicherebbero pure per un oggetto non determinato, ma che fa parte d' un numero o d' una quantità determinata, che periscono o si perdono interamente. Così, quando voi mi dovete l' uno de' vostri quattro cavalli storni, e tutti quattro vengono a morire; o 50 ettolitri di grano da voi raccolti nel tal campo, e tutto questo grano si trova bruciato: o 20 moggia di terra da prendersi in tale sito, e il sito intero vi sia tolto per aprire un canale, è ben chiaro che l'oggetto della vostra obbligazione si trova fuori commercio, egualmente che se il cavallo, il grano e le 20 moggia di terra fossero state scelte e determinate in *individuo*. Ed è lo stesso in un debito alternativo, i cui due oggetti si trovano messi fuori di commercio l' uno e l' altro.

Nondimeno, si comprende che, le regole di sopra dette divengono qui applicabili, sotto una eccezione la quale risulta, da che l' oggetto non essendo determinato *in ipso individuo*, il creditore non n' è divenuto proprietario; non già al creditore s' appartengono allora le azioni che possono esistere relativamente alla cosa; in modo che la cessione di azioni, che non potrebbe aver luogo in un caso di oggetto determinato (caso al quale il testo ha torto di applicarla) si applicherà al contrario nel caso di cui ci occupiamo, e di cui la legge punto non parla. Così, quando il debitore è espropriato dallo Stato di tutto quel terreno di cui vi dovea venti moggia, o quando è stato espropristo dell' ettaro di bosco o della casa, di cui vi dovea l' uno o l' altra alternativamente, voi non potreste (chè non eravate proprietario de' beni presi dallo Stato) per la vostra parte domandare direttamente allo Stato l' indennizzo da lui dovuto; questo indennizzo non può domandarsi che dal debitore (il quale ve ne terrà poi conto) a meno che non vi ceda, per la vostra parte, l' azione che gli appartiene.—Egli è evidente inoltre che, se le diverse parti del terreno di cui trattasi, non abbian tutte uno stesso valore, o se l' indennità dovuta per l' ettaro di bosco non sia uguale a quella della casa, il debitore potrà non dare che il valore minimo, a meno che la scelta del debito alternativo o delle 20 moggia a prendersi non appartenesse al creditore.

In tutti gli altri casi di cose indeterminate, non potrà mai esservi estinzione dell' obbligazione per la perdita della cosa.

Egli è chiaro in fatti che, quando voi mi doveto in generale *un cavallo*, non è più il tale o tal altro cavallo ch'è dovuto, e l'esecuzione sarà sempre possibile, poichè invece de' vostri cavalli che possono tutti morire, vi sarà sempre mezzo di comperare un altro cavallo per consegnarlo: *genera non pereunt*.

III. — 869. Quando l'obbligazione ha per obbietto, non già una cosa a consegnarsi, ma un fatto da compiersi, egli è aperto che potrà sorgere un ostacolo insormontabile all' adempimento di un tal fatto, del pari che alla consegna della cosa, e che in conseguenza il debitore cesserà di essere tenuto in questo caso come nell' altro. Così quando io debbo fare per voi il tal viaggio in Inghilterra, e una malattia mi tiene in letto, o una dichiarazione di guerra tra la Francia e l' Inghilterra ha rotta ogni comunicazione tra i due Stati, egli è evidente che la mia obbligazione sparisce; soltanto, se per colpa mia l' esecuzione è divenuta impossibile, se l' ostacolo è sopraggiunto dopo l' epoca in cui avrei dovuto o potuto fare il viaggio, vi dovrei de'danni-interessi.—Per quanto concerne l' obbligazione di non fare, non si comprende l' impossibilità di adempirla. Se se ne presentasse il caso, se il debitore si trovasse astretto per violenza a quello da cui avea promesso astenersi, la nostra massima si applicherebbe sempre, e l' impossibilità reale in cui il debitore fosse stato di obbedire al suo obbligo, lo dispenserebbe dal pagare i danni-interessi. S' intende da sè che, se la cosa così fatta dal debitore contro la sua volontà fosse di natura da potersi sopprimere, il debitore sarebbe tenuto ad operarne la soppressione non appena ricuperata la libertà.

IV. — 870. In quanto al punto di sapere, se l' estinzione di un'obbligazione, per effetto dell' impossibilità sopravvenuta alla sua esecuzione, trae seco l'estinzione dell' obbligazione reciproca, ei sa esser risoluto negativamente dall' art. 1138 pel caso di un corpo certo. Così quando io vi doveva il tal cavallo, pel quale voi dovevate pagarmi 600 fr., e il cavallo venga a perire senza mio fatto nè colpa; voi mi dovete sempre 1 600 fr., tuttochè non abbiate più nulla ad esigere da me. Siffatta decisione, la quale oggi altro non è se non l' applicazione chiarissima della regola, che la perdita di una cosa debba essere sopportata dal suo proprietario, *res perit domino*, esisteva, come si sa, anche prima del Codice civile, ed allorchè il creditore non diveniva proprietario per l'effetto immediato della convenzione di dare: essa spiegava allora con questa idea che il creditore, correndo i rischi favorevoli di miglioramento e di aumento di valore, dovea pur subire l'eventualità contrarie di deteriorazione e di perdita, e che per conseguenza l' obbligazione di questo creditore dovea riguardarsi come avente un' esistenza irrevocabile ed indipendente dalla sorte dell' obbligazione reciproca.

Ma si comprende non poter essere così del debito correlativo all'obbligazione di fare. Quando la vostra obbligazione di andar per me in tal paese, o di fare il mio ritratto diviene impossibile ad eseguirsi; e per ciò stesso si estingue, la mia obbligazione reciproca di pagarvi 300 fr. si estinguerà pur anco; chè qui non è a parlare nè dell' idea nuova di un dritto di proprietà esistente per me, nè dell' antica idea di reciproche eventualità corse per me... Quando l' obbligazione che voi assumete verso di me è di consegnarmi la tal cosa determinata, si comprende che, dal mio canto, un debito immediatamente assoluto ed irrevocabile sia il prezzo del *jus ad rem*, cioè (oltre del principio nuovo di proprietà) lo acquisto su tale cosa; *jus ad rem*, il quale diverrà in seguito quel che potrà, e pel quale io subirò tutte le probabilità risultanti dalla forza delle cose, ma quando l' oggetto della vostra obbligazione è semplicemente un fatto da adempiersi più tardi, egli è ben evidente essere nostra comune intenzione, che il mio debito sarà, non già il prezzo della vostra promessa di compiere il fatto senza impedimento, sì bene il prezzo del fatto compiuto: per la natura stessa delle cose, la mia promessa è condizionale, essa è di pagarvi la tale somma, se fate la tale cosa per me.

SEZIONE VII.

DELL' AZIONE DI NULLITA' O DI RESCISSIONE DELLE CONVENZIONI (1).

I. — 871. Abbiam già detto esservi mestieri di molta cura per distinguere l' atto rigorosamente nullo, vale a dire sensa esistenza legale, dall' atto nullo nel senso improprio di tale parola, vale a dire sottoposto ad una causa che può farlo annullare; in altri termini l' atto *nullo* da quello *annullabile*. Or la nostra sezione occupasi soltanto delle obbligazioni annullabili, e non già di quelle propriamente nulle ed inesistenti. Egli è evidente non solo dall' insieme dei testi della sezione, in cui non trattasi che dei casi di violenza, errore, dolo, incapacità

(1) Vedi la nostra nota a pag 261 *Il Trad.*

e lesione (casi nei quali evvi il contratto e produce i suoi effetti, salvo annullamento), ma anche *a priori* dal piano e dall'obbietto del capitolo e della sezione; chè quì trattasi della causa ultima dell'*estinzione* dell'obbligazione, ed è ben chiaro che si può estinguere sol quello che esiste: il nulla non può annullarsi. Trattasi dunque nella nostra sezione dei casi in cui l'obbligazione viene ad annullarsi, ad esser posta nel nulla, per sentenza del giudice.

Siffatta verità, sì chiara per sè stessa, trovasi d'altronde nettamente enunciata nel rapporto al Tribunato: « Perchè una convenzione sia obbligatoria, vi è detto, non » basta che abbia le apparenze esterne di » una convenzione, è mestieri che vi si trovi » quanto è necessario per *la realtà di una convenzione*. . . Una causa illecita vizierebbe » talmente la convenzione, che niun decorso » di tempo potrebbe renderla valida: non » *v'è stato contratto*. Se la convenzione non » avesse oggetto (o un oggetto illecito) sarebbe ben impossibile, che in niun tempo » producesse obbligazione: *neppur sarebbe » un contratto*. Gl'incapaci di contrattare » non possono essere astretti ad adempiere » le loro obbligazioni; *essi àn la facoltà di » farle annullare*. Ma se rinunziano ad esercitarla, o se nol fanno nella forma e nei » termini voluti dalla legge, *l'obbligazione » deve eseguirsi*. In fine non v'à consenso valido, se esso non siasi dato che per errore, » estorto per violenza, o sorpreso per dolo. » Ma colui che pretenda essere stato ingannato, forzato, o sorpreso, deve provarlo; » è una eccezione di cui deve giovarsi e, » se nol fa, *l'obbligazione rimane in tutta » la sua forza*.—L'azione di nullità o di rescissione non si applica dunque che ai casi » in cui la convenzione può produrre un'azione. »

II. — 872. Una volta distinguevansi due sorte di azioni tendenti all'annullamento; l'azione di *nullità* e quella di *rescissione*. L'azione di nullità che avea per causa la violazione delle regole del dritto positivo, s'intentava direttamente innanzi ai tribunali e non era sottoposta in generale che alla prescrizione trentenaria; l'azione di rescissione o di restituzione (ed era presso a poco l'antica *restitutio in integrum* de' Romani) si fondava sulla violazione dei principii dell'equità (errore, dolo, violenza, lesione) e non poteva intentarsi se non dalla parte che aveva ottenuto lettere di rilievo dalla cancelleria reale, e trovavasi soltoposta alla prescrizione di dieci anni. Oggidì, checchè ne abbia detto il Toullier (le cui idee son molto inesatte) queste due azioni trovansi riunite e comprese in una sola, la quale, da qualunque causa trovisi motivata, s'intenta sempre allo stesso modo, e trovasi sempre soggetta alla stessa prescrizione, di tal che tende sempre allo stesso scopo; l'annullamento dell'obbligazione. Gli è perciò che gli articoli 1110-1116 dichiarano, che l'errore, la violenza e il dolo, che una volta davano luogo alla *rescissione*, sono tre cause di *nullità*, dopo di che l'art. 1117 ripete, dando cumulativamente i due nomi alla stessa azione, che l'errore, la violenza, e il dolo danno luogo *all'azione di nullità* o *di rescissione*, e la nostra sezione a sua volta dichiara occuparsi, non già *dell'azione di nullità* E *dell'azione di rescissione* e neppure DELLE AZIONI *di nullità e di rescissione*, ma sibbene DELL'AZIONE (unica) *di nullità* o *di rescissione*.

III. — 873. Abbiam già detto che le spiegazioni del Toullier su tal punto presentavano molte inesattezze. Senza rilevarle tutte, ne noteremo una che ci sembra la più importante e la più strana di tutte: secondo il Toullier (VII-521) l'azione di nullità sarebbe quella che tende *a far constatare* l'inesistenza dell'obbligazione nulla *di pieno dritto*, *e che non si è mai formata*, segnatamente nel caso d'incapacità; e l'azione di rescissione quella che tende a *distruggere* un'obbligazione *producente effetto*. E prende a base delle sua teorica l'art. 1117.—Ma in prima come mai può il Toullier far dire all'art. 1117, il caso dell'azione di nullità esser quello dell'obbligazione nulla di pieno dritto, e distinguersi perciò dalla rescissione, allora quando questo articolo per lo contrario mette il caso di obbligazione nulla di pieno dritto in opposizione con *l'azione* DI NULLITA' e di RESCISSIONE? Come può mai quì presentare l'incapacità come una causa dell'inesistenza dell'obbligazione, e l'errore, il dolo o la violenza come casi di obbligazioni valide fino alla loro distruzione, mentre egli stesso ci à detto al contrario nei numeri 298 e 299, in cui presenta l'obbligazione degl'incapaci come producente effetto, e quella colpita da errore, violenza o dolo, come assolutamente inefficace?...

Del resto il Toullier dopo aver così presentate come *inesistenti* e pienamente inefficaci, ora le obbligazioni degl'*incapaci*, in opposizione a quelle colpite da errore o da violenza, ed ora *queste* in opposizione a quelle degl'incapaci, giunge più oltre (n. 551) a dichiarare inesistenti *le une e le altre* in opposizione agli atti semplicemente risolubili!... Queste tre dottrine contraddittorie, oltre di essere espresse eziandio in termini poco intelligibili, (come quando il Toullier,

al n. 521 caratterizza la nullità dalla *visibilità* del vizio, e la rescissione dalla *invisibilità* di esso vizio, il quale, sebben sia *radicale* e faccia ostacolo alla formazione *reale* del contratto, non toglie, perchè non *visibile*, una formazione *apparente* che produce *l' effetto della realtà*) queste tre dottrine, il ripetiamo, sono erronee tutte e tre. Nè l'obbligazione dell'incapace, nè quella colpita da errore, violenza, o dolo son mai nulle propriamente, inesistenti; esse esistono tutte, e tutte producono il loro effetto; finchè non siano infrante, mercè l'azione diretta contro di loro, rimangono inattaccabili se lasciasi trascorrere il termine per impugnarle (art. 1034).

Or sotto il Codice civile si dà indistintamente l'un l'altro nome all'azione da dirigersi contro siffatta obbligazione, la quale una volta portava il nome di azione di nullità pel caso d'incapacità, e quello di azione di rescissione, pel caso di errore, di violenza o di dolo.

IV. — 874. Evvi solamente un caso particolare, quello di lesione, pel quale la legge non impiega mai l'espressione di *nullità* e servesi esclusivamente delle parole *rescissione o restituzione* (1305, 1306, 1313, ec.) Tutto che sembra che il legislatore non annetta importanza a siffatta distinzione, poichè altrove confonde sempre la rescissione con la nullità, non v'è non pertanto alcun inconveniente, e può forse essere più comodo, d'impiegare distintamente il nome di *nullità* pel caso in cui l'atto si trovi vizioso in sè stesso, e quello di *rescissione* pel caso in cui quest'atto, d'altronde perfettamente regolare, non può essere criticato, se non perchè trovasi pregiudizievole a colui che se ne duole.

1304 (1258). L'azione di nullità, o di rescissione d'una convenzione in tutti i casi dura per dieci anni, quando non sia stata ristretta ad un minor tempo da una legge particolare.

Nel caso di violenza, questo tempo non comincia a decorrere, che dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; e riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Relativamente agli atti fatti dagl'interdetti, il tempo non decorre, se non dal giorno in cui è tolta l'interdizione; e riguardo a quelli dei minori, se non dal giorno della loro maggiore età.

SOMMARIO

I. Il termine dell'azione per annullamento è ridotto ad un maximum di dieci anni.
II. Punto di partenza del termine, segnatamente per le divisioni di ascendenti; errore della piupparte degli autori. — Le sospensioni di prescrizione applicansi a questo termine: dissenso col Toullier e col Duranton.
III. Questo termine indicato per l'azione è lo stesso per l'eccezione: e la regola *quae temporalia* più non esiste; critica della dottrina contraria degli autori.
IV. Questa prescrizione di dieci anni non à luogo che per le convenzioni *annullabili*. Punto non si applica alle convenzioni *nulle* (segnatamente alle stipulazioni su di una successione futura: errore del Toullier, del Duvergier e dello Zachariae), nè alle convenzioni *risolubili* soltanto: inesattezza del Toullier.

I. — 875. L'annullamento non essendo possibile che per gli atti che ànno una esistenza reale, tutto che viziosa (non potendosi distruggere ciò che non è) e tali atti essendo suscettibili di essere ratificati, la legge à dovuto scorgerne una tacita ratifica nel silenzio sufficientemente pronunziato di persone interessate a farle rescindere, e restringere quindi in giusti limiti il termine nel quale potrebbe pronunziarsi l'annullamento.

Quindi tal termine che, nell'antico dritto, estendavasi sovente a trent'anni, si è ridotto ad un maximum di dieci anni, che non può sorpassarsi, e che non sempre si raggiungerà. Gli è perciò che l'annullamento per rescissione non può domandarsi che durante due anni nel caso dell'art. 1676, e nol potrebbe che durante tre mesi nel caso dell'art. 1854. Ma il termine sarà di dieci anni, tutte le volte che una regola speciale non avrà altrimenti disposto.

II. — 876. Il termine impartito per impugnare un atto decorre naturalmente, in massima, da quando l'atto comincia ad esistere, a meno che non si provi essersene avuta scienza più tardi: ma la ragione stessa imponeva di apportar quì a siffatto principio altre eccezioni che sono infatti indicate dal 2° e 3° comma del nostro articolo. Così quando l'azione si fonda sur un vizio di consenso, egli è aperto che il termine non deve correre, se non dal giorno in cui sia scomparso un tale vizio; e quando essa è motivata dall'incapacità della persona, dal giorno in cui ella sia divenuta capace. Infatti sinallora tal persona non à potuto agire; or *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Il termine correrà dunque in caso di violenza, dal giorno in cui sarà cessata; in caso di errore o di dolo, dal giorno in cui saran conosciuti; per un interdetto, dal giorno in cui sarà tolta l'interdizione, per

per la persona sottoposta ad un consulente giudiziario, dal giorno in cui cesserà la proibizione di procedere senza il consulente; dal dì della maggioretà pel minore, e dal giorno dello scioglimento del matrimonio per la donna maritata.

Diciamo che il termine non correrà che dallo scioglimento del matrimonio per la moglie; ma che si deciderebbe se il marito e i suoi eredi avessero interesse a dimandare l'annullamento dell'atto fatto dalla moglie senza autorizzazione (art. 225, n. IV)?... Il Toullier ed altri autori decidono che, in questo caso altresì, il termine non correrà che dal giorno dello scioglimento; ma noi non possiamo accogliere siffatta opinione. La regola è che il termine decorre dal giorno stesso dell'atto; e le eccezioni apportate ad un tal principio pel caso di violenza, di errore, o di dolo, e d'incapacità, non riguardano che la persona violentata, ingannata o incapace. Or se la moglie è incapace, il marito non lo è, e la causa dell'eccezione per lui non esiste. Ed in fatti in tal senso la legge fu spiegata e nell'esposizione dei motivi e nel rapporto al Tribunato. Il termine correrà dunque contro il marito, vuoi dal giorno dell'atto, vuoi dal giorno in cui ne avrà avuto scienza, sa prova non averla avuta che in seguito.

877.—La massima *contra non valentem agere* à fatto apportare alla nostra regola un'altra eccezione, sull'ammissione della quale sono sono state divise le due Camere stesse della Corte suprema, ma che sembra oggidì diffinitivamente consacrata ed a ragione. Trattasi del punto di partenza del termine nel quale possono impugnarsi le divisioni di ascendenti fatte mercè donazioni tra vivi, sia con azione di rescissione per lesione, sia con azione di riduzione per vantaggi eccessivi, ai termini dell'art. 1304. Parecchi arresti, e segnatamente uno della Camera dei ricorsi del 4 feb. 1845 (Dev. 45, 1, 305), ànno giudicato che, vuoi per la rescissione, vuoi anche per la riduzione, il termine decorre dal giorno dell'atto.—Molti altri arresti e la generalità degli autori facevano distinzione tra le due azioni, ed ammettevano per punto di partenza il giorno dell'atto per la domanda di rescissione, ma il giorno della morte soltanto per quella di riduzione. S'è vero, dicevasi, che il solo esame della divisione e dei beni divisi permette di vedere subito, se le porzioni sono o no molto ineguali, e se àvvi o no per uno dei figli lesione maggiore di un quarto, il che permette d'intentar subito l'azione per lesione, è vero altresì che la fissazione della quale disponibile non può al contrario farsi che alla morte, avuto riguardo sia alla quantità dei beni rimasti a tal'epoca, sia al numero de' figli allora esistenti, sia alle disposizioni posteriori che à potuto fare l'ascendente. Adunque sol dopo la morte si può intentare l'azione fondata sull'esser uno de' figli stato vantaggiato oltre la disponibile, e quindi a contare da tale epoca può correre il termine della prescrizione (1).—Ma la giurisprudenza della Corte suprema, meglio ispirata sul primo punto, à finito col respingere siffatta distinzione, e dare come punto di partenza la morte dell'ascendente anche all'azione di rescissione (2).

I figli in fatto al tempo in cui si fa tra loro l'atto qualificato divisione tra vivi, non ànno alcun dritto sui beni, non essendo ancora eredi, e non divenendolo che più tardi (se pur lo diverranno). In quanto al presente l'atto non è una vera divisione, non può esserlo che in seguito, e per ora altro non è che una liberalità. Or come mai un figlio si dorrebbe di ricevere troppo poco, quando tutto quel che riceve, gli è attribuito come puro dono? Come pretenderebbe aver ricevuto meno di ciò cui à dritto, allorchè non à dritto a nulla? Soltanto allorchè sarà sorto il suo titolo di erede, titolo che gli darà dritto alla tale frazione del patrimonio, egli potrà parlare di lesione. Or non solamente egli non è erede, ma non sa neppure se lo sarà mai, poichè può morire senza posterità pria del donante, o rinunziare alla sua successione.

878. È un punto molto controvertito quello di sapere se le sospensioni di prescrizione indicato dagli art. 2251 e segg. si applichino alla prescrizione particolare organizzata dal nostro articolo. Il Toullier (n. 615) ed il Duranton (n. 548) decidono negativamente, poggiando...

(1) Duranton (IX 646-617), R. de Villargues (*Rep.* v. Porzione di ascend. n. 129), Vazeille (*Prescr.*, II-563); Zachariae (II. p. 441) Rig. 12 lug. 1836; Tolosa 15 mag. 1838; Nimes 12 lug. 1842; Bordeaux 23 dic. 1845; Douai 24 gen. 1846; (Dev. 36, 1, 531; 39, 2, 50; 42, 2, 465, 46, 2, 241).

(2) Solon (*Nullità* II-490) Genty (*Porz. di ascend.* p. 283 265) Rig. 30 giug. 1847; Cass. 2 ag. 1848; Cass. 16 lug. 1849; Bordeaux 30 lug. 1849; Parigi 8 apr. 1850; Orleans 17 gen. 1851; Rig. 18 febb. 1851 (Dev. 47, 1, 481; 49, 1, 258 e 622; 50, 2, 37 e 305, 51, 1, 340 e 2, 426). Dei quattro arresti della Corte suprema qui sopra citati, i due primi sono presentati dal Raccoglitore come non aventi la portata che noi lor diamo, e come non repudianti la dottrina contraria che per l'azione in *riduzione*, non per quella di *rescissione*. È un errore; pel secondo se ne può esser convinto dalla lettura del solo testo, e pel primo ravvicinando il testo alle conclusioni dell'Avvocato generale.

giati specialmente sulla ragione che l'art. 1304 à avuto appunto per iscopo di ridurre per tutti i casi ad un tempo ragionevole, a dieci anni tutto al più, la durata sovente troppo lunga una volta, dell'azione per annullamento, che quindi questo termine di dieci anni deve riguardarsi come un termine prefisso ed invariabile che non potrà mai sorpassarsi in qualunque circostanza; e che sarebbe un contraddire ad un tal pensiero, dettato al legislatore dall'interesse generale, l'ammettere qui delle sospensioni, il cui effetto potrebbe esser quello di far durare talvolta l'azione per trenta, quaranta, e più anni ancora, per la successione reiterata di parecchi minori od interdetti... Per grave che possa sembrarci siffatta ragione, alla quale se ne aggiungono altre molto deboli, noi pensiamo non pertanto ch'essa non è decisiva. Il Codice à voluto ridurre l'antica durata dell'azione, e l'ha in fatti di molto ridotta, poichè le cause che potranno ormai sospendere il corso dei *10 anni*, sospendevano egualmente una volta il corso dei *trent' anni*. Il termine è dunque, checchè se ne dica, tre volte minore di quel che era. La prescrizione è oggidì più breve, ma non è meno una prescrizione, e poichè il Codice esprimendo la riduzione di 30 a 10 anni, non à qui punto espressa eccezione al principio generale delle sospensioni, come lo à fatto negli art. 1663 e 1673, sarebbe lo stesso che far la legge e non ispiegarla il dichiarare inapplicabili siffatte sospensioni (1).

III. — 879. La maggior parte degli autori insegna, che il nostro articolo, riducendo a dieci anni la durata dell' *azione*, non riduce perciò allo stesso termine la durata dell' *eccezione* (2). Così quando io ho contratto per violenza un'obbligazione quale che sia, non avrò in vero che 10 anni a contare dalla cessazione della violenza per *intentare* un' *azione* tendente a far annullare la mia obbligazione; ma se pel contrario il mio creditore intentasse contro di me un'azione tendente all' esecuzione di tale obbligo, io potrei sempre, in qualunque epoca tale azione fosse intentata (fossero anche 20, 30, o 40 anni, potendo la prescrizione del credito essere stata sospesa in seguito di minorità o d' interdizione) prevalermi del vizio di violenza; e l'annullamento così domandato per eccezione, vale a dire come mezzo di difesa all' azione, dovrà sempre pronunciarsi dal giudice: si è l'applicazione della famosa massima: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*: ciò ch'è temporaneo per l'azione è perpetuo per l' eccezione.

Ma siffatta massima ch'era perfettamente esatta a Roma, e che aveva la sua base in parecchie leggi del Digesto (segnatamente nella legge 5, § 6, *de doli mali except.*) è ancora vera oggidì, e trova forse una base qualunque nei testi del Codice? Noi non esitiamo a rispondere negativamente, come fa il Duranton (XII-549), e a dire che questa pretesa regola è per lo contrario dimostrata falsa dalle disposizioni che qui spieghiamo.

Quando un convenuto sull'azione intentata contro di lui, come mezzo per respingere siffatta azione, istituisce egli stesso una domanda (chiamata perciò *riconvenzionale*) diviene a sua volta *attore*: *reus excipiendo fit* ACTOR. Or egli è facile il vedere che la rubrica della nostra sezione, come il nostro art. 1304 e l'altro 1234 intendono per AZIONE di *nullità*, per NULLITA' *domandata in giudizio*, ogni domanda, vuoi principale, vuoi riconvenzionale per l' annullamento dell' obbligazione. Ciò è evidente poichè, se la nullità proposta con una domanda riconvenzionale non fosse compresa in questi testi, del pari che quella formante l'obbietto di una domanda principale, troverebbesi non far parte delle cause che possono estinguere le obbligazioni... Da un canto il Codice dopo aver parlato del pagamento, della compensazione, ec.ec., qui non ammette come ultima causa di estinzione che l' *azione di nullità*; da un altro canto egli è ben certo che la nullità formante l'oggetto di una domanda riconvenzionale è una causa di estinzione; adunque il Codice comprende sotto il nome di *azione di nullità* ogni domanda di annullamento, sia principale, sia riconvenzionale. Così essendo, la durata di dieci anni al maximum, fissata dall'art. 1304, si applica dunque alla riconvenzione sì come alla domanda ordinaria, all'eccezione come all'azione principale.

880. E come avrebbe potuto essere diversamente? come mai il nostro Codice avrebbe potuto su di un tal punto adottare la regola del dritto romano? se l'esecuzione era perpetua a Roma, vale a dire durava tanto quanto l'azione dell'avversario, gli era perchè il debitore nella circostanza che avea specialmente dato origine ad un tal principio (nel caso di dolo preveduto dalla legge 5 succitata)

(1) Merlin (*Rep.* v. Rescis., 5 bis) Delvincourt t. II); Vazeille, (*Prescriz.* 11 572) Solon (11-498) Zachariae (11 p. 446) Pau, 11 dic. 1835; Limoges 28 maggio 1836; Nimes, 20 giugno 1839; Orleans, 27 maggio 1842, Rig. 8 nov. 1842 (Dev, 36, 2, 185; 39, 2, 69 e 335; 44, 1, 129).

(2) Toullier (VII-600), Delvincourt (t. II), Dalloz (p. 639-640) Solon, (II, p. 495); Zachariae II, p. 413).

non avea il dritto, perchè il contratto non fosse stato eseguito, *d'intentar l' azione*, e non poteva far annullare che *in via di eccezione* sulla citazione direttagli dall' avversario a fine di esecuzione. Era dunque mestieri che l'eccezione, unico mezzo di annullamento in tale caso, avesse la stessa durata dell'azione che doveva respingere. Ma oggidì che l' obbligato può, in tutte le ipotesi possibili, intentare durante dieci anni un'azione tendente ad infrangere l'obbligazione che pretende viziosa, egli è chiaro che non v'era alcun motivo di estendere la durata dell'eccezione al di là di questi dieci anni. L' annullamento essendo oggidì possibile a tutti ed in tutte le circostanze durante i dieci anni, la legge non doveva permettere di giungervi con un mezzo qualunque, dopo un tal termine già forse troppo lungo. Arrogi che la legge, permettendolo, si sarebbe messa in contraddizione con sè stessa; poichè essa non à ridotto il termine ad un maximum di dieci anni, se non perchè à scorto nel manco di azione, durante questo tempo, una tacita ratifica dell' obbligazione annullabile. Se dopo dieci anni di silenzio da parte di colui il quale poteva dolersi, l' obbligazione è stata ritenuta, ed a ragione, come ratificata, non può dunque esser permesso di proporne ancora la nullità. Il maximum di dieci anni è dunque un termine dopo la scadenza del quale è oggidì impossibile di far valere la nullità in qualunque modo si sia.

Ed in tal senso il nostro articolo fu votato e decretato; so ne rinviene la pruova nel rapporto al Tribunato. Questo rapporto dopo aver presentato nettamente la distinzione tra l'atto propriamente nullo e quello annullabile, li mette in opposizione l'un con l' altro sotto tal rapporto precisamente che pel primo, si potrà proporre la nullità per via di eccezione in qualunque epoca, mentre che pel secondo nol si potrà che nel termine del nostro art. 1304, perchè, trascorso un tal termine vi sarebbe ratifica: «Allorchè trattasi di una obbligazione contratta senza oggetto e senza causa, o per una causa illecita, egli è chiarissimo che colui che ha sottoscritto l'obbligazione, in *qualunque epoca* sia MOLESTATO, sia sempre ammesso a RISPONDERE non esservi obbligazione. *Ma allorchè trattasi di un minore, di una donna maritata*, non sarebbe strano che il tempo della RESTITUZIONE *non fosse limitato?* In tal caso bisognava limitarsi a dire, che colui che avea sottoscritto la obbligazione, *potrebbe sottrarvisi*. La necessità di *un termine* era comandata *dall' interesse pubblico*. Del pari il *soccorso* che la legge accorda a coloro il cui consenso non è stato libero *debbesi invocare in un termine fissato*. Un decorso di tempo *senza reclamo* deve far supporre LA RATIFICA » Come ben vedesi, precisamente pel caso in cui l'obbligato è *molestato*, e vuole opporre la nullità della sua obbligazione come *risposta* all'azione, vale a dire in via di eccezione si oppone qui l' obbligazione nulla e quella annullabile: per la prima questa eccezione sarà possibile in qualunque tempo, per la seconda, la sola di cui occupasi la nostra sezione, non lo sarà che nel termine fissato dalla legge.

Si presenta in appoggio del preteso mantenimento per parte del Codice della regola *quae temporalia* un'idea che va confutata da per sè. Si dice essersi fatto da un interdetto un atto, al tempo in cui era totalmente prive di ragione, che questo interdetto il quale non avrebbe alcuna scienza di tale atto, non potrebbe quindi pensare, dopo essersi tolta la interdizione, ad intentare un'azione per farne pronunziare la nullità, di tal che l'altra parte, avendo cura di lasciar decorrere 10 anni dopo tolta l'interdizione, potrebbe, giusta il nostro sistema, venire a richiedere l' esecuzione dell'atto senza che l' ex-interdetto possa farne pronunziare la nullità. — Avvi due risposte invece di una a siffatta obbiezione. La prima si è, che l' atto di un uomo totalmente privo di ragione (come si suppone) non è nel nostro sistema soltanto *annullabile*, ma evidentemente *nullo* ed inesistente per manco completo di volontà, di consenso, di tal che la nullità sarebbe opponibile per eccezione non già durante soli dieci anni, ma a perpetuità come vedremo. La seconda si è che anche il sistema (diggià respinto ed inconcepibile) in cui l'atto di un pazzo avesse una esistenza legale, e fosse soltanto rescindibile durante dieci anni, questi dieci anni non potrebbero sempre decorrere che dal giorno in cui questo pazzo, rientrato in sè, avesse avuto conoscenza dell'atto, giusta quanto abbiam detto al n. II.

881. Egli è dunque certo che la massima *Quae temporalia* si è una di quelle tradizioni che il nostro diritto moderno ha infrante, e che trovasi oggidì senza base e senza alcun valore, almeno in quanto concerne gli atti annullabili, i soli di cui si occupino il nostro articolo e la nostra sezione. In quanto agli atti rigorosamente nulli, si può dire che la regola esiste eziandio per essi, poichè in questo caso di non esistenza dell'atto, l'eccezione di nullità sarebbe per forza perpetua, sebbene l'azione non possa mai durar più di trent'anni. Così quando, in dippiù del prezzo fissato nel contratto mercè il quale ho acquistato il vostro uffizio di notaio, io vi ho pro-

messa 20,000 fr. completanti il prezzo segretamente tra noi stipulato, io potrò in qualunque epoca mi saran domandati questi 20,000 fr., p. es. dopo 35 o 40 anni (perchè vi fosse stata sospensione di prescrizione a pro del vostro credito), opporre la nullità della mia obbligazione che non ha mai avuto esistenza legale, atteso che era contraria all'ordine pubblico, ma se per via di azione volessi alla stessa epoca fare dichiarare la nullità, se dopo avervi pagato i 20,000 fr. intentassi un'azione per far proclamare siffatta nullità, e ripetere la somma come indebitamente pagata, la mia azione sarebbe respinta pel motivo che ogni azione, quale che sia, si prescrive con 30 anni (art. 2262). La nullità assoluta, l'inesistenza dell'obbligazione, tutto che sia opponibile in perpetuo per la sua stessa natura, non può dunque invocarsi che temporaneamente come azione principale, e la massima *quae temporalia* trovasi vera in un certo senso, quando la si riduce ad un tal caso.

In un certo senso, abbiam detto, e non già rigorosamente la nullità propriamente detta e perpetuamente opponibile per eccezione, cessa di poter esser proposta per via d'azione dopo 30 anni dall'esecuzione dell'atto nullo. In fatti quando un atto è veramente nullo, non v'è a parlar propriamente di azione a dirigere contro di esso; in qualunque epoca ed in quale circostanza che siasi, nel caso stesso di un'azione intentata dopo 40 o 50 anni, è sempre vero che l'atto non ha mai esistito e non ha quindi potuto produrre alcun effetto. Dopo 35 anni dal pagamento fattomi in forza di tal atto, egli è sempre vero ch'esso non à mai avuto valore, che il mio pagamento quindi è stato fatto indebitamente, e mi ha rendato vostro creditore, il decorso del tempo nulla fa mutare a tal riguardo, e l'effetto ch'esso produce, altro non è se non quello di estinguere il mio credito. Così quel che prescrivesi in tal caso, non è precisamente un'azione di nullità dell'atto, non è il dritto di far dichiarare quest'atto inesistente; ma sì bene l'azione per me nata contro di voi dell'indebita esecuzione di esso l'atto.

IV. — 882. Il nostro articolo restringendo ad un maximum di dieci anni la durata dell'azione di cui parla, costituisce un'eccezione alla regola, giusta la quale le azioni durano in generale 30 anni, di tal che la sua disposizione è una regola tutta speciale che bisogna esser cauti di non estendere al di là del suo obbietto. Non dimentichiamo dunque, che qui non trattasi se non della domanda di annullamento delle convenzioni formate sotto l'influenza di un vizio che permette d'infrangerle.

Ed in prima non trattasi che dello convenzioni; di tal che la regola applicherebbesi del pari ad una donazione tra vivi; poichè è una vera convenzione, (art. 894, n. 1.) ma non già ad un testamento.

883. In secondo luogo non trattasi che dell'annullamento e non della nullità propriamente detta, per la quale, siccome si è già veduto, l'azione (in quanto produr debba un effetto utile) durerebbe 30 anni (e l'eccezione a perpetuità). L'articolo non s'applica dunque alle convenzioni che trovansi essere sol un fatto senza esistenza giuridica, sia perchè vi sia stato manco di consenso, sia perchè l'obbligazione che si voleva formare mancasse di causa o di obbietto, ovvero non aveva che una causa ed un obbietto illeciti. Ciò posto, devesi respingere come erronea (e così ha fatto la giurisprudenza) la dottrina del Toullier (VII-561) del Duvergier (*Vendita*, 1, 230) e dello Zachariae (II, p. 440) i quali insegnano, che la convenzione avente per obbietto una successione futura ricade nelle regole del nostro articolo, e non può essere impugnata che durante 10 anni a contare dall'apertura di questa successione. In fatti la legge riguardando, come contraria a' buoni costumi, del pari che lo riconoscono gli autori succitati, di formare di una successione futura l'oggetto di una convenzione, ne segue che dal momento in cui è formata in fatti, non lo è in dritto, è rimasta nel nulla. Or il nulla non può ratificarsi, e poichè i nostri autori dichiarano anch'essi, che la prescrizione decennale che noi spieghiamo, non si applica agli atti insuscettibili di ratifica, la decisione che combattiamo, trovasi confutata dagli stessi loro principii. Invano il Toullier dice che, una volta aperta la successione essa può formar l'obbietto di una convenzione; e che quindi la ratifica diviene possibile. Quì è l'errore; perocchè l'apertura della successione, il ritorno dell'oggetto in commercio renderà possibile un novello contratto, come ha detto benissimo uno degli arresti citati quì in nota, ma non potrebbe rendere possibile la ratifica dell'antico, il quale è giuridicamente senza esistenza; chè, ripetiamolo, il nulla non può ratificarsi, *quod non est, confirmari nequit*.

Siffatta verità è proclamata dal Vazeille (*Prescr.* II, n. 547) e dal Troplong (*Vendita*, 1-249); e la giurisprudenza dopo aver ondeggiato su tal punto sino al 1834, è ora uniforme in questo senso (1).

(1) Limoges, 6 apr. 1838; Aix 2 febb. 1840; Bastia (1839) ritenuto in cassazione, 8 nov. 1842. Rennes (gen. 1843) ritenuto in cassazione, 14 nov. 1842, Metz (1844) ritenuto in cessazione, 11. nov. 1845, (Dev., 38, 2, 301, 40 II. 349, 43, 1, 33; 44, 1, 229, 45, 1, 785).

Allor quando dunque un simile contratto non sarà stato rinnovato dopo l'apertura della successione, rimarrà come non avvenuto; quindi delle due l'una, o questo contratto non si sarà eseguito, ed allora in qualunque epoca venissero ad agire coloro che vogliono farlo eseguire, saran respinti per via di eccezione; ovvero lo ànno eseguito, e coloro ai quali esso attribuiva i tali o tali altri beni ne sono stati posti in possesso, ed allora la parte, la quale per ripetere tali beni avrebbe dovuto intentare, non già precisamente un'azione di nullità dell'atto (poichè non si può impugnare il nulla), ma la revindica di tali beni (allegando che legalmente non è esistita alcuna stipulazione), potrebbe agire utilmente, finchè questi avversarii non avessero prescritto la proprietà dei beni medesimi, vale a dire durante 30 anni a contare dalla loro immessione in possesso. Gli è soltanto in questo scopo ed indirettamente, come si è spiegato al n. 411, che nelle nullità propriamente dette la prescrizione trentennaria diviene applicabile all'azione, tutto che la nullità in sè stessa sia opponibile in perpetuo.

884. Infine, se occorre per l'applicazione del nostro articolo che trattisi di una convenzione, ed una convenzione semplicemente annullabile (e non già rigorosamente nulla) è mestieri eziandio, che questa convenzione sia annullabile per una causa che l'à viziata fin dalla sua origine, per una imperfezione da cui è stata colpita fin dalla sua stessa formazione, e non bisognerà estendere la regola alle *risoluzioni* di contratto... Allorquando invocasi, per far dichiarare non avvenuto un contratto, la condizione risolutiva stipulata (espressamente o tacitamente, poco monta) in questo contratto, s'invoca perciò stesso una clausola della convenzione. Così p. es. una vendita contenendo sempre queste due idee: «1° Io vi vendo la tale cosa mercè il tale » prezzo, 2. se voi non mi pagate il prezzo, » io potrò far dichiarare non avvenuta la » vendita » egli è chiaro che, quando vengo a richiedere la nullità di siffatta vendita per mancanza di pagamento, io null'altro domando che l'applicazione della seconda parte della nostra convenzione. Quando voglio al contrario far annullare un contratto per errore, violenza, minoretà, ec., la mia domanda è una contraddizione assoluta alla convenzione formata. Nel primo caso io esercito un dritto rigoroso, il quale mi è positivamente conceduto dal mio avversario, nel secondo fo uso di favore che la legge mi accorda, per sopperire o alla mia debolezza, o alla mia imprudenza. Evvi dunque una profonda differenza tra' due casi, e la regola eccezionale, fermata dal nostro articolo pel secondo, non può quindi estendersi al primo, il quale rimane perciò sotto il principio della prescrizione trentennaria.

Gli autori ben riconoscono siffatta verità (1), ma non precisano abbastanza la distinzione per farla comprendere, poggiati men sulle cose che sulla differenza delle parole *rescissione* e *risoluzione*. Or *risolvere*, *rescindere*, *annullare*, *cassare*, *annientare* sono in conchiusione delle espressioni presso a poco sinonime: è sempre distruggere quel che esisteva, non si comprenderà a prima vista come la *risoluzione* di un contratto sia differente dalla *rescissione* o dall'*annullamento* di tal contratto... Il Toullier per altro non è solo vago e poco preciso su tal punto, è completamente inesatto. Stantechè dopo aver detto che, in opposizione alla rescissione, « LA RISOLUZIONE è un termine che abbraccia i modi DI RISOLVERE. » il che nulla spiega, soggiunge che « la risoluzione suppone *che il contratto ha esistito* » mentre che la rescissione suppone *non essere esistita che l'apparenza del contratto*, e « il contratto *non aver mai avuto esistenza reale*. » L'errore è evidente: l'atto rescindibile esiste, come l'atto risolubile, la differenza che a torto il Toullier nota tra essi, è quella che distingue gli atti rescindibili o risolubili dall'atto propriamente nullo ed inesistente; ciò che distingue l'atto risolubile da quello rescindibile, si è, come l'abbiam detto, che questo può essere annullato per effetto di un vizio che l'ha colpito *ab initio* e sin dalla sua formazione, mentre che l'altro è formato regolarmente, e non à veduta sorgere, se non *ex post facto*, la causa che permette di annullarlo.

1305 [1239]. La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato, contro qualunque sorta di convenzioni; ed in favore del minore emancipato contro tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità, come è determinato al titolo *della minore età, della tutela e della emancipazione*.

SOMMARIO

I. Controversia sul senso di questo articolo e sulla natura dell'incapacità del minore. Sposizione dei principali sistemi seguiti dagli autori.
II. Confutazione di un terzo sistema del Merlin, e di un quarto del Demante, entrambi evidentemente inammessibili.
III Dei due principali sistemi, quello giusta il quale

(1) Toullier (VII-551), Duranton (XII 551); Zachariae (II p. 143)

l' incapacità del minore non à per effetto che di accordargli la rescissione per lesione, per incoerente che possa essere, è non pertanto quello della legge. Errore del Toullier, del Demante, ec.

IV. Osservazioni e reassunto.

I. — 885. Gli è un punto molto controvertito, ed in fatti molto delicato per chi non ricorra ai lavori preparatorii, quello di sapere, qual' è l'idea del nostro articolo, quando accorda ai minori la rescissione per lesione, e quali sono in conseguenza, nel sistema del Codice civile, la natura e gli effetti della incapacità dei minori.

Quattro sistemi, di cui due soltanto ci sembrano dover fissare la nostra attenzione, sono stati proposti su tal punto.

Nel primo, la rescissione per lesione, organizzata dal nortro articolo e dai seguenti, è accordata ai minori indipendentemente dalla nullità per incapacità, risultante dagli art. 1108 e 1124.

Così tutte le volte che un minore, il quale non è emancipato, e che per conseguenza deve sempre esser rappresentato sia da suo padre amministratore legale (art. 389), sia dal suo tutore (art. 450), avrà egli stesso stipulato un atto qusle che sia; ovvero quando si tratterà di un minore emancipato, che l'atto da lui stipulato non sarà del novero di quelli ch' è autorizzato a far da sè (art. 481); l'atto essendo stato in tal caso quello di un incapace, il minore potrà farlo annullare pel fatto d' incapacità. Che se al contrario, l'atto è stato regolarmente compiuto dal rappresentante legale del minore non emancipato, o dal minore emancipato debitamente assistito dal suo curatore, non è più a parlare di nullità, ma v' è luogo, giusta il nostro articolo, ad una restituzione straordinaria per lesione: s ffatta lesione, la quale permette al maggiore stesso d' attaccare i suoi atti in taluni casi (art. 1313), lo permetterà al minore in tutt' i casi assolutamente. — Oltre di tale *nullità per incapacità* negli atti fatti dal minore da sè solo, quando era inabile a farli, e di questa *rescissione per lesione* in quelli che si sono fatti con l' intervento del rappresentante legale e del curatore, àvvi ancora *nullità per manco di forme*, eziandio negli atti fatti dal padre o dal tutore o con l' assistenza del curatore, quando trattasi di atti i quali, attesa la importanza, sono sottoposti a formalità speciali (art. 457-467) ed esse non siensi osservate.

Siffatta dottrina semplice e naturale è quella del Toullier (VI-106, e VII-573) in cui rattrovansi per altro delle idee inesatte che abbiam più sopra fatto rilevare; del Demante, 1.a edizione (II-780), del Troplong che la fonda su motivi molto più solidi di quelli presentati pria di lui (*Vendita*, n. 166) ed era stata pur la nostra per lunga pezza.

Nel secondo sistema la rescissione per lesione accordata al minore dal nostro articolo, è precisamente la stessa cosa della nullità risultante dalla sua incapacità; i nostri articoli 1305 e segg. non sono che l'applicazione e lo sviluppo della parte degli articoli 1124 e 1125, che concerne i minori, e quando il citato art. 1124 dichiara i minori « incapaci di *contrattare* » ciò vuol dire semplicemente « incapaci di fare un contratto *impugnabile per lesione* ». Il nostro art. 1305 non applicasi dunque che agli atti fatti dal minore da sè e fuori della sua capacità. In quanto agli atti regolarmente fatti dal tutore e con l'assistenza del curatore, sono impugnabili per lesione (salvo i casi particolari in cui quelli del maggiore stesso potrebbero essere criticati per siffatta causa). — Ma ciò non toglie, ben inteso, non esservi nullità, come si è veduto nel primo sistema, per gli atti che, essendo sottoposti a formalità speciali, fossersi fatti senza l' adempimento di siffatte formalità. (1).

II. — 886. Come ben si vede, questi due sistemi trovansi di accordo in quanto concerne gli atti sottoposti a formalità particolari. Or àvvi un' altra opinione la quale, accettando il secondo sistema pel resto, ne differisce per quest' ultimo punto, e forma così un terzo sistema, ancor meno favorevole del secondo al minore. Questa dottrina professata dal Merlin (*Quist.* v° *ipot.* § 4), dal Marbeau (*Trans.* n. 42) e che il Duranton à respinta, dopo averla in pria adottata nel suo *Trattato dei Contratti*, consiste in dire, che la rescissione per lesione permessa dal nostro articolo è la sola risorsa aperta al minore, tanto per gli atti sottoposti a forme particolari quanto per gli altri.

Il non-senso cho quest' ultima idea gitterebbe nella legge, non permette di pensare ad accettarlo; chè come mai il legislatore avrebbe richiesto tante e sì grandi cautele, se avesse inteso che la loro omissione fosse insignificante? Così, per esempio un affitto può farsi dal tutore senz' alcuna formalità; al contrario, la vendita di un immobile non può aver luogo che dopo deliberazione del

(1) Questo secondo sistema è seguito e presentato più o meno esplicitamente, da Proudhon (I, cap. 16 sez. 2 e 5) Delvincourt, Duranton, (X-80 — 88) Zachariae (VII, p. 429 432) Solon (I, n. 71 a segg.), Valette (*Osserv. delle sez.* 2 e 5 di *Proudhon*), e Pont che l'ha sviluppato in un modo notevole nella Rivista di Legislazione (t. XXI).

consiglio di famiglia, omologazione del tribunale sulle conclusioni del ministero pubblico, all' asta pubblica, dopo gli affissi ecc. Or quale differenza vi sarebbe, nel sistema del Merlin e del Marbeau, tra l'affitto che il pupillo facesse da sè solo, e la vendita d'immobili che facesse ugualmente da sè solo? Niuna: la vendita non sarebbe men nulla dell'affitto; l'uno e l'altra si troverebbero validamente fatti, e non potrebbero esser criticati che sulla pruova di una lesione! Come credere che i due atti sieno così sulla stessa linea, quando si son richieste per l'uno tante formalità, di cui neppur una vien richiesta per l'altro?

Bisogna ben riconoscere, qualunque sistema si adotti, che vi sarà nullità per manco di queste forme. Ciò d'altronde risulta dell'art. 1311, che oppone l'uno all'altro, a proposito del minore, l'atto *solamente soggetto a rescissione* e l'atto *nullo nella forma*. Noi vedremo, spiegando questo articolo, che si tratta precisamente delle forme protettrici della minorità.

A lato di questo terzo sistema, evidentemente inaccettabile, se ne presenta un quarto, risultante dalla modificazione che il Demante à recato nella sua 2.ª edizione, al primo sistema esposto più sopra, che il dotto professore aveva da principio adottato puramente e semplicemente.

Il Demante, mentre sostiene che il nostro articolo ammette la rescissione per gli atti regolarmente fatti dal tutore, o con l'assistenza del curatore, propone come mezzo termine e come transazione tra i due sistemi contrari, di non ammettere pure, se non questa rescissione per lesione, e non la nullità per incapacità contro gli atti che il minore avesse fatti da sè, benchè inabile a consentirli (II-782 nota).

Questo sistema di cui il Demante stesso confessa la bizzarria, non ci sembra più accettabile di quello del Merlin. In qual modo, in effetti, il legislatore avrebbe inteso mettere sulla stessa linea gli atti regolarmente compiuti dal tutore o col curatore, e quelli che il minore avesse fatto da sè fuori della sua capacità?...Che gli uni sieno solamente rescindibili per lesione e gli altri annullabili senza lesione, come vuole l'uno de' due sistemi esposti, ciò si comprende; che i secondi non essendo che rescindibili per lesione, i primi sieno pienamente inattaccabili, come l'altro sistema insegna, ciò si comprende egualmente; ma che gli uni e gli altri sieno esattamente sulla stessa linea, ecco ciò che non è possibile. Infatti, se gli atti che la legge vuole, che sien fatti dal tutore o col curatore dovevano avere lo stesso valore, allorchè fatti dal minore stesso, è ben chiaro che il legislatore non si sarebbe dato la pena di organizzare la tutela e la curatela, che non dovrebbero *servire a nulla!*

Delle due l'una, evidentemente la rescissione per lesione è il risultato della incapacità del minore, che sarà una incapacità di natura tutta speciale (come pensavano il Proudhon, il Delvincourt e il Duranton etc.) ed allora soltanto quando l'atto si sarà fatto dal minore incapace di farlo, questa rescissione sarà possibile, ovvero la rescissione è indipendente dall'incapacità, che sarà sempre l'incapacità generale e ordinaria (come dicono il Toullier, il Troplong e il Demante stesso) e allora, bisogna che questa incapacità produca il suo effetto, cioè a dire il dritto di fare annullare l'atto senza alcuna quistione di lesione.

887. Noi restiamo dunque in faccia di due sistemi solamente, di cui l'uno dichiara il minore restituibile *come minore* per gli atti che ha fatti da sè solo, fuori della sua capacità, e *come leso*, per quelli che son fatti dal tutore o col curatore; mentre che l'altro non gli accorda che la restituzione per lesione ne' primi, senza alcuna restituzione possibile pe' secondi.

Nel primo sistema, allorchè la legge dichiara sottratti alla restituzione per lesione taluni atti sottoposti a condizioni speciali, quando queste formalità sono state adempite (articolo 1309, 1314, 463. etc.) è una *eccezione* che si spiega per le maggiori garenzie di cui l'atto è allora circondato, e che è d'altronde provata tale da questa considerazione, che il legislatore non si sarebbe dato la pena di esprimere l'impossibilità della restituzione per lesione in tali casi particolari, se questa impossibilità fosse stata la regola generale. Nel secondo sistema, al contrario, è la mera applicazione del principio generale, che il legislatore à avuto cura di esprimere formalmente per taluni casi, perchè soprattutto in questi casi la restituzione aveva luogo nell'antico dritto ch'egli voleva cambiare in questo punto.

Fra questi due sistemi noi dobbiamo optare.

III. — 888. Se si trattasse di stabilire *a priori* e senza preoccuparsi de' testi del codice, il migliore regime di protezione dei minori, forse non adotteremmo nè l'uno nè l'altro de' due sistemi proposti; poichè il primo ci sembra accordare troppo ai minori, il secondo troppo poco. Che se si trattasse di scegliere quello di questi due sistemi che sembri il più logico al punto di vista del codice, che si trovi essere meglio in armonia con tutto l'insieme delle sue di-

apnsizioni, non cAiteremmo a conservare il primo, che avevamo seguito fin qui; poichè il secondo accosa nella legge una incoerenza d' idee veramente strana.

Ma non si tratta qui di trovare, nè il migliore sistema assolutamente possibile, nè anche il più logico di quelli ai quali possono piegare i testi della legge; si tratta di ricercare francamente ciò che ba voluto il legislatore. Ora, ci sembra certo oggi, che il secondo sistema è ben quello ch' egli ha inteso stabilire; e noi pensiamo che, se gl' interpreti si fossero preoccupati di trovare, non ciò che la legge doveva fare, ma ciò che ba fatto, di non trasformare (come si fa tanto spesso) una quistione di dritto in quistione di legislazione, e soprattutto di esaminare sulla nostra quistione i lavori preparatori del Codice, non sarebbero facilmente caduti, so di un punto sì grave, nella diversità di opinioni che abbiamo rilevata.

889. La rescissione per lesione non è aperta al minore che per gli atti fatti da sè solo, e che dovevano essere fatti dal tutore e col coratore. In altri termini, il minore è incapace, ma la sua incapacità non ha la stessa natura di quella dell' interdetto o della donna maritata e, invece di permettere per sè sola l' annullazione dell' atto, questa incapacità non l' autorizza che per causa di lesione...

Buono o cattivo, logico o no, bene o male presentato dal testo, tale è il sistema del Codice.

Abbiamo detto che questo sistema anche senza valutarlo *in sè stesso*, e senza ricorrere alle considerazioni più o meno potenti, colle quali può essere criticato (considerazioni di cui bisognerebbe diffidarsi sempre nelle quistioni di dritto, poichè tendono a scatiture il pensiero, eccellente forse, dell' interprete al pensiero della legge) getta nell' insieme delle disposizioni del codice una strana confusione, una incoerenza inescusabile.

Ed in fatti l' art. 1108 ferma per principio fondamentale, che quattro condizioni sono essenziali alla validità d' una convenzione, e che l' una di queste condizioni è la *capacità di contrattare:* poi gli art. 1124 e 1125 dichiarano *incapaci di contrattare*, mettendoli tutti al medesimo livello, gli interdetti, le donne maritate e come essi i *minori*, e questi anzi si trovano in prima linea. Ed ecco che più in là la nostra sezione verrà a spiegare, o piuttosto a stabilire senza spiegazione implicitamente, che l' incapacità del minore ben differisce da quella dell' interdetto e della donna maritata, e che il minore è incapace non precisamente di *contrattare*, ma solamente di *ledersi* col suo contratto! Non è, in definitiva, mettersi in contradizione flagrante con l' art. 1124 e dire che *i minori sono capaci di contrattare*, e solamente restituibili per lesione?... E quando i minori, salvo restituzione per lesione, saranno così capaci di contrattare per sè stessi e senza aver bisogno di curatore nè di tutore, fino a quale età ascenderà questa capacità? Un fanciullo di 7 o 8 anni potrà egli dunque, salvo restituzione per lesione solamente, fare delle convenzioni obbligatorie?...

890. Ma per vizioso che sia, almeno tale quale è scritto nel Codice. il sistema di cui si tratta (e la critica del quale potrebbe essere spinta più lungi) ci sembra certo essere quello del legislatore; ne troviamo la pruova, 1. ne' testi della nostra sezione, 2. nel confronto del codice con l' ultimo stadio dell' antico dritto, e soprattutto, 3. nelle spiegazioni date al Tribunato e al Corpo legislativo.

1.° E da prima, i testi della nostra sezione suppongono da per tutto degli atti compiuti dal minore stesso, o non mai un atto fatto dal rappresentante di questo minore. Così l' art. 1304 parla successivamente degli atti stipulati dalle donne maritate non autorizzate, degli atti fatti dagl' interdetti, e infine degli atti *fatti dai minori*.—L' art. 1305 e dopo di esso il 1306, che non nè che l' accessorio, nulla presentano che faccia neppure allusione al caso d' un tutore che agisce pel suo minore.—L' art. 1307 si occupa del caso in cui il minore si fosse falsamente dichiarato maggiore, il che suppone necessariamente un minore che ha agito da sè e al di là della sua capacità.—L' art. 1308 parla degli obblighi assunti dal minore commerciante a ragione del suo commercio, obblighi ch' egli ha la capacità di fare da sè, e senza tutore o curatore.—L'art. 1309 si occupa delle convenzioni matrimoniali nelle quali, come si è già veduto, il minore anche in tutela, agisce personalmente.—L'articolo 1310 parla degli obblighi ai quali il minore si trova sottomesso in seguito del suo delitto o quasi-delitto, e lo riguarda ancora, per conseguenza, in un caso in cui egli ha agito da sè.—L'art. 1311 dichiara che la sua ratifica lo rende non ricevibile a criticare l' atto *da lui sottoscritto in minorità*. L' art. 1312 parlando dell' effetto dell' annullamento ottenuto dalle donne, dagli interdetti, o dai minori, si rapporta per ciò all' art. 1304 e suppone quindi, al par di questo, degli atti fatti dalla donna, dall' interdetto o *dal minore*.—Quanto agli articoli 1313 e 1314 essi rientrano in un altro ordine d'idee, il primo non è relativo che ai maggiori, e il secondo dichiara che, anche negli atti più

importanti di quelli che interessano i minori, l'adempimento delle formalità richieste li fa considerare come fatti da maggiori.

Così, tutti gli articoli della nostra sezione, meno i due ultimi che passano ad un altro ordine d'idee, si occupano del minore che agisce personalmente, e compie da sè solo l'atto di cui è incapace, e mentre che il Pothier (*Proc. civ.*, part. 5 cap. 4 art. 2 § 1) diceva nettamente, che la restituzione aveva luogo « per gli atti stipulati dal minore sotto l'autorità del tutore, e similmente per quelli che il tutore ha fatti egli stesso in qualità di tutore » il Codice si è ben guardato di nulla dire, che possa far credere a una rescissione degli atti fatti dal tutore o col curatore. Arrogi che certamente l'art. 1307 (e lo stesso è de' tre articoli che lo seguono) dinota bene il pensiero contrario per la sua combinazione col precedente. In effetti, dopo aver detto (1306) che *la lesione* non dà luogo alla restituzione del minore, quando essa risulta d'un avvenimento impreveduto, il legislatore aggiunge (1307) che la circostanza che il minore si fosse dichiarato maggiore, non impedisce siffatta restituzione.

Evidentemente, della restituzione *per lesione* si tratta; ora se il legislatore avesse inteso che un minore, agendo da sè, invece di lasciare agire il suo tutore, faceva degli atti nulli pel fatto stesso d'incapacità (indipendentemente dall'idea di lesione) avrebbe detto, che la falsa dichiarazione lascia al minore la sua azione di nullità, e non già quella *per lesione*.

2° La comparazione delle regole incontestate ed incontestabili del Codice civile coll'ultimo stadio del dritto anteriore, rivela ben chiaramente ancora il pensiero del legislatore sul punto quì in contestazione. Il Pothier in fatti, dopo avere sviluppato il dritto di rescissione, in quanto agli atti d'una grande importanza, ci insegna che a' suoi tempi già non si ammetteva la rescissione per lesione negli atti di pura amministrazione regolarmente fatti dal tutore (*loc. cit.* com. ult.) Ora, in qual modo, il Codice, che rigetta positivamente la rescissione (art. 1314) negli atti importanti pe' quali il dritto anteriore l'ammetteva (la vendita d'immobili, per esempio) avrebbe potuto volere ammetterla per quegli atti d'un uso quotidiano nei quali il dritto anteriore già li respingeva?... Invano si dice che, se il Codice non ammette la rescissione per gli atti importanti di cui parliamo, è a cagione delle garenzie che li circondano, e che non è una ragione per respingerla negli atti ordinari. Queste garenzie esistevano pure nell'antico dritto e la rescissione aveva nondimeno luogo: « In vano, diceva Henrys, si saranno osservate le formalità, il parere de' parenti, i rapporti degli esperti, i decreti del magistrato; tutto ciò non impedirà che il minore possa rientrare nel suo bene, se si trova qualche lesione » (II, p. 257) Ripetiamolo, si può forse credere che il legislatore abbia inteso ammettere la rescissione nelle circostanze in cui l'antico dritto aveva finito col rigettarla, mentre poi la esclude da' casi ne' quali erasi creduto indispensabile il mantenerla?

3° Infine, se dubbi potessero restare sul pensiero del legislatore, essi sparirebbero dopo le spieghe formali che furon date sì tempo dell'adozione del nostro titolo. Ecco in qual senso il nostro articolo 1305 fu presentato al corpo legislativo: « Risulta *dall'incapacità* del minore non emancipato, che basta ch'*egli soffra una lesione*, perchè la sua azione di rescissione sia fondata... *Il risultato della sua incapacità è di non poter esser leso*, E NON GIÀ DI NON POTER CONTRATTARE » (Fenet, t. XIII p. 283.). — Egualmente innanzi il Tribunato fu formalmente dichiarato che « per quanto riguarda *le donne e gl'interdetti*, essi non avrebbero bisogno *che d'invocare la loro incapacità* », ma ch'egli è ben altrimenti pei minori. « Se si tratta d'un minore non emancipato, la *semplice lesione* dà luogo alla rescissione. *Egli non sarà restituito* come minore, potrà esserlo *come leso*... Se si tratta d'un minore emancipato, e se la convenzione eccede i limiti *della sua capacità*, può prevalersi della *semplice lesione* » (*ibid.*, p. 371 e 372). Quindi la quistione che si desiderava da lungo tempo veder giudicata dalla Corte suprema, e che si è finalmente presentata innanzi alla stessa il 18 giugno 1844, vi è stata decisa nettissimamente nel nostro senso (Devil., 54 1, 497).

IV. — 891. Sicchè per tutti gli atti che si sono fatti regolarmente dal tutore con l'assistenza del curatore non vi è restituzione possibile. E sarebbe lo stesso di quello che un pupillo à fatto personalmente, ma con l'assistenza del suo tutore; poichè sebbene nel nostro dritto, il tutore deve rappresentare il minore, cioè a dire agire esso stesso in sua vece, e non solamente autorizzarlo, nondimeno l'atto sarebbe evidentemente valido per l'intervento di questo tutore, poichè concorrendovi e consentendovi, il tutore ne assume la responsabilità come se lo facesse egli solo: l'atto essendo compiuto allora dal pupillo e dal tutore ad un tempo, è chiaro che la presenza (inutile e insignificante) del primo, non potrebbe rendere inefficace la presenza (necessaria) del secondo.

In quanto agli atti che il minore ha fatti

da sè solo e al di là della sua capacità (cioè a dire ogni atto qualunque, se il minore non è emancipato ; e per l' emancipato, ogni atto pel quale l' esistenza del curatore era richiesta) il minore potrà durante dieci anni a partire dalla sua maggioretà, farli rescindere dal tribunale, s' egli stabilisce che l' atto gli è stato pregiudizievole.

Diciamo che spetta al minore di provare la lesione che pretende di aver sofferto , chè spetta sempre a colui il quale produce una pretesa di provare che sia fondata. E, ben inteso, è necessario una lesione di qualche importanza. Senza dubbio non fa d' uopo che sia grande, poichè la legge vuole che la rescissione sia ammessa per *la semplice lesione*, ma siffatta disposizione al pari di ogni altra debbe intendersi ragionevolmente , e fa mestieri di una lesione sensibile , di rilievo , e che meriti esser presa in considerazione: il giudice non potrebbe tener conto di una bagattella , *de minimis non curat praetor*.

892. Ci rimane un' ultima osservazione a fare. . . Tutto che la legge non ammetta a pro del minore (come lo fa per la donna maritata , per l' interdetto e per chi è sottoposto ad un consulente giudiziario),la nullità dei suoi atti pel solo fatto d' incapacità , e che essa risguardi tali atti come fatti validamente, salvo lo effetto della lesione, egli è ben chiaro non pertanto , che non si potrà accettare come legalmente esistente la convenzione di un minore ancor privo di ragione, quella di un ragazzo di cinque anni per esempio La validità salvo l' effetto della lesione non esisterà che pei minori già aventi *l' animi judicium* ; in quanto agli altri , i loro atti saranno nulli , non più per *l' incapacità* legale risultante dalla minoretà (art. 1124) e che fa sparire la seconda delle quattro condizioni richieste dall' art. 1108 , non pel manco di *consenso* che forma la prima di dette quattro condizioni. Ed in tal caso l' atto sarebbe *nullo* nel senso rigoroso della parola , vale a dire inesistente , chè , siccome abbiamo già detto più volte , se il *vizio* del consenso fa ostacolo alla validità d' una convenzione , egli è aperto, che il *manco* di esso il consenso fa ostacolo alla sua stessa formazione. Il punto di sapere, se il minore ha potuto consentire o no, e se il suo atto debba dichiararsi nullo,o riconoscersi valido, salvo la pruova di lesione , sarà un punto di fatto lasciato alla valutazione del giudice (1).

1306 [1260]. Il minore non è restituibile per causa di lesione , allorchè essa non risulti che da un avvenimento casuale ed impreveduto.

893. Perchè la lesione sofferta da un minore gli permetta di far rescindere un atto , egli è chiaro che tal lesione debba risultare dall' atto stesso e non da un accidente posteriore ; fa d' uopo che l' atto sia stato la causa e non già solo l' eccezione del pregiudizio. Così , quando il minore à comprato un animale, perito poi per caso fortuito, o una casa, divorata in seguito da un incendio , non àvvi luogo a restituzione : chè il danno sofferto dal minore trova la sua causa non già nel contratto , ma in un accidente posteriore ed impreveduto al tempo del contratto.

Del resto quando dicesi, che il danno debba risultare dall' atto , fa d' uopo intender ciò con una certa latitudine , e tanto dell' esecuzione dell' atto e dei fatti che naturalmente ha tratti seco , quanto di esso l'atto. Così , quando il minore à venduto per 400 fr. un oggetto che ne valeva 500, la lesione si rinviene nel contratto stesso; ma non sarà questo il caso di rescissione, e se il compratore , nel prendere l' oggetto pel suo giusto valore , avesse commesso l' imprudenza di pagarne il prezzo ad un scioperato, che lo avesse dissipato in pazze spese, la rescissione avrebbe pur luogo. Il pregiudizio in fatti risulterebbe allora dall' esecuzione dell' atto , da un fatto ben facile a prevedersi dal compratore , e non già da *un accidente casuale ed impreveduto*.

1307 [1261]. La semplice dichiarazione fatta dal minore di essere maggiore , non lo esclude dal beneficio della restituzione.

894. I nostri antichi autori avean già fatto osservare, che la circostanza che un minore si è semplicemente dichiarato maggiore, senza dare alcuna pruova della sua affermazione , non poteva essere di ostacolo alla sua restituzione , atteso che è ben agevole a chi contratta con un minore di non contentarsi di siffatta dichiarazione , e che una tale clausola , se le si desse l' effetto di impedir

(1) Troviamo qui una novella pruova di quanto abbiam detto sotto l' articolo 1108 n. III, che l' atto, fatto da un interdetto, allorchè è privo di ragione, non sarebbe solo annullabile per incapacità , ma propriamente nullo per manco di consenso. In fatti se si ammettesse con lo Zachariae ad altri autori, che l' incapacità legale e generale, che protegge l' interdetto a ciascun istante , assorbisce e fa scomparire la nullità per manco di consenso , di tal che in qualunque circostanza che sia , l' interdetto non potrà più argomentare che da tale incapacità , sarebbe me-

la rescissione, diverrebbe di uso in tutte le convenzioni. Ma si è sempre stato di accordo in riconoscere, che il dritto di far rescindere svanirebbe, se il minore, invece di fare a tal riguardo una dichiarazione pura e semplice, giungesse ad ingannare l'altra parte sulla sua età con fraudolenti artifizi, per esempio presentando un falso atto di nascita (Pothier, *loc. cit.*, Domat, p. 1, l. 4, tit. 6, sez. 2, n. 7).

La ragione dice abbastanza, e fu dichiarato formalmente al Corpo legislativo ed al Tribunato, che così sarebbe vigente il Codice.

1308 [1262] Il minore che è negoziante, banchiere o artigiano, non può restituirsi in intiero contro le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio o della sua arte.

895. L'art. 487 ci à già detto che il minore legalmente autorizzato a commerciare è considerato maggiore pei fatti relativi al suo commercio. Giusta l'art. 2 Cod. di Com. il minore non si repota maggiore e capace che sotto le quattro condizioni seguenti: 1° che sia emancipato; 2° che abbia 18 anni compiti; 3° che sia autorizzato da suo padre, e in di lui mancanza dalla madre, e in mancanza di entrambi da una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale civile; 4° finalmente che l'atto di autorizzazione sia registrato ed affisso nel tribunale di commercio.

1309 [1263]. Il minore non può restituirsi in intiero contro le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando queste furono fatte coll'approvazione ed assistenza di quelli il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio.

896. Il minore non à bisogno, per stabilire le sue convenzioni matrimoniali se non di quei consensi che gli necessitano pel matrimonio stesso. Così, per esempio, una giovanetta di 16 anni che non à altro ascendente se non un'avola, e che è sotto tutela di uno zio o di tutt'altri; potrà fare col suo futuro conjuge tutte le stipulazioni quali che sieno nel suo contratto di matrimonio, da sè stessa e senz'alcun bisogno del tutore, purchè sia soltanto assistita dall'avola, atteso che non ha bisogno se non del consenso di lei per contrarre il matrimonio (art. 150). Le convenzioni così stabilite avranno la stessa forza che se si fossero fatte da un maggiore: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*.

1310 [1264]. Il minore non può restituirsi in intiero contro le obbligazioni nascenti dal suo delitto o quasi-delitto.

897. Nel proteggere il minore contro la sua inesperienza, e nel dichiararlo restituibile per le sue convenzioni, la legge non poteva autorizzarlo a nuocere altrui impunemente. Se dunque il minore non obbligasi pienamente coi suoi contratti, si obbliga però al pari di un maggiore pei suoi fatti illeciti, e la necessità in cui trovasi di riparare il danno cagionato dai suoi delitti a quasi delitti non ammette alcuna restituzione.

Ma se il minore transigesse da sè su questi danni-interessi, e la sua transazione presentasse una lesione, sarebbe evidentemente rescindibile, poichè la lesione allora proverrebbe da un contratto.

Il minore sarebbe del pari restituibile contro l'atto con cui avesse dichiarato il riconoscimento di un preteso delitto o quasi delitto: chè in questo caso eziandio egli contrarrebbe un'obbligazione per l'effetto diretto della sua volontà e non più solamente pel risultato forzoso di un fatto: è d'uopo che il minore lasci fare la pruova del delitto, o che ne sia fatto il riconoscimento dal suo rappresentante legale; egli non è atto a farla da sè.

898. Il minore sarebbe forse privo della restituzione, sol perchè avesse contrattato con un altro minore? evidentemente che no; la rescissione s'appartiene al minore per la sua stessa qualità, assolutamente, e indipendentemente quindi dalla qualità delle persone con cui à contrattato. E sarebbe lo stesso, benchè l'altro minore soffrir dovesse un pregiudizio ammettendosi la rescissione. Così quando un minore à preso in prestito del denaro da un altro minore che l'à follemente dissipato, si rescinderà la sua obbligazione di restituire tale somma, che sarà così perduta per colui che l'ha prestata.

Che se i due minori fossero stati entrambi lesi, le restituzione potrebbesi domandare da ciascuno, salvo a non produrre da una

stieri dire altrettanto dell'incapacità organizzata pel minore; di modo che si giungerebbe al risultato che, salvo la restituzione straordinaria per lesione, la convenzione che io avessi fatta con un ragazzo di tre o quattro anni, sarebbe perfettamente valida, ed inattaccabile!!

parte e dall' altra che gli effetti legalmente possibili. Così per esempio se un minore vende ad un altro minore per 600 fr. un cavallo che non ne vale che 300, e riceva o spenda follemente i 600 fr. prima di aver conseguato il cavallo, potrà far rescindere la sua obbligazione di consegnare il cavallo, senza che perciò il secondo minore possa ottenere il ricupero dei suoi 600 fr. Se al contrario i 600 fr. fossero stati utilmente impiegati dal venditore, il compratore facendo rescindere, ne otterrebbe il rimborso, quand' anco il venditore non domandasse per parte sua la rescissione.

In breve la rescissione potrà sempre ottenersi da uno o da ciascuno dei minori lesi, ma ben inteso, il suo effetto (che è di rimettere le cose nello stesso stato in cui erano pria dell' atto rescisso) si arresterà innanzi all' impossibile. Ora è legalmente impossibile, giusta l' art. 1312, di far restituire dal minore quanto à ricevuto senza profittarne: non si può riprendere da lui se non quello di cui si è arricchito (Domat, *loc. cit.* n. 18, Merlin, *Rep.* v° *Min.* § 9; Toullier, VII, 591).

1311 [1265]. Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione assunta nella sua minore età, quando, divenuto maggiore, l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma, sia che fosse soltanto soggetta a restituzione.

899. Quando il minore divenuto maggiore ratifica l' atto, che avrebbe potuto far infrangere, vuoi per manco di fermi speciali, alle quali la legge l' avea sottoposto nell'interesse degl' incapaci, vuoi per lesione, egli è aperto che un tal atto diviene inoppugnabile, e si trova messo, per la ratifica, in salvo da ogni ulteriore critica.

Diciamo che l' obbligazione *nulla per la forma*, di cui parla il nostro articolo è quella per la quale la legge richiedeva delle forme protettrici della minorità, che sono state omesse: come sarebbe una vendita d' immobili consentita sia dal minore, sia dal suo tutore, senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia, o senza che quest' autorizzazione fosse stata omologata dal tribunale. In fatti non può quì trattarsi di un atto solenne, nullo per inosservanza delle forme necessarie alla sua esistenza (una ipoteca o una donazione); poichè in tal caso l' atto essendo nullo nel senso proprio della parola, cioè inesistente, non potrebbesi ratificare, e il nostro articolo parla di un caso in cui la ratifica rende l' atto inattaccabile. Non trattasi del resto delle forme richieste per la pruova nella convenzione; poichè il sito dell'articolo dimostra per altro che il legislatore non si occupa che delle nullità relative alla minorità. Non v' è dunque seria difficoltà su questo punto, e questa soluzione ne aiuterà a risolvere un' altra quistione, alla quale dà luogo il nostro articolo combinato col 1305.

900. Si è dimandato, se gli atti che un tutore avesse stipulato senza l' adempimento delle forme speciali richieste per la protezione del minore (p. es. una vendita d' immobili da lui fatta senza autorizzazione del consiglio di famiglia) non potessero impugnarsi che durante 10 anni, in conformità dell'art. 1304, o se l' azione di nullità non durasse in tal caso 30 anni.

Molti autori, segnatamente il Duranton (III-538, X-282, e XII-535) pensano, che l' azione duri allora trent' anni, e la ragione ch' essi ne danno, si è che il tutore, il quale così agisce in nome del suo pupillo, senza adempiere le formalità volute dalla legge, si trova allora aver agito senza qualità: gli è come se l' atto fosse stato fatto da uno estraneo, gli è, dice il Duranton, come se Pietro avesse venduto i beni di Giovanni senza la costui partecipazione. È questo, secondo noi, un errore risultante dall' assimigliazione inesatta che si fa fra un tutore e un mandatario... Quando io ò dato ad uno il mandato di fare per me un atto sotto tale o tal'altra condizione, o in tale o tal altro modo, egli è aperto che il mandato da me conferitogli è subordinato all' adempimento delle regole da me tracciate, e che, al di là di esse regole, costui cessa di rappresentarmi, e mi diviene completamente estraneo; ma non è così del tutore. La sua qualità di rappresentante del minore non è subordinata all' uso delle formalità da seguirsi; essa è stabilita indipendentemente da ogni condizione o risulta assolutamente e per tutti i casi possibili dall' art. 450, il quale dichiara, che il tutore rappresenta il pupillo in tutti gli atti della vita civile. Se dunque questo tutore, in tal circostanza supposta, non agisce secondo le regole che la legge gl' impone, egli è un rappresentante negligente o infedele, ma è sempre rappresentante. Dunque l' atto fatto da questo tutore può ben essere irregolare, vizioso, annullabile; ma non può essere inesistente e non avvenuto; come sarebbe quello che un estraneo venisse a fare relativamente ai beni del minore.

In fatti, se l' atto fatto da un tutore senza l' osservanza delle forme volute fosse nullo propriamente, inesistente, esso non potrebbe dunque validarsi; potrebbe esser sostituito da un novello atto, ma non ratificato; chè non si ratifica il nulla: *quod nullum est, confirmari*

acquit. Ora noi abbiam veduto che la ratifica di quest'atto dal minore divenuto maggiore avrebbe il suo pieno effetto. L'atto è dunque annullabile soltanto: per vizioso ed irregolare che sia, nondimeno esso emana dal *rappresentante* del minore; e nulla quindi lo sottrae dalla prescrizione ordinaria dei 10 anni stabilita dall'art. 1304 per questa specie di atti (1).

1312 [1266]. Quando i minori, gl' interdetti o le donne maritate sono ammesse in tale qualità, ad essere restituiti in intiero contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato, in conseguenza di queste obbligazioni, nel tempo della minor età, dell'interdizione o del matrimonio, eccetto che venga provato che quanto fu pagato venne convertito in loro vantaggio.

901. L'effetto della nullità o della rescissione pronunziata dal giudice è di annientare l'atto che ne forma l'oggetto, di renderlo legalmente non avvenuto, e di rimettere in conseguenza le cose nello stato in cui erano pria del cambiamento di esso l'atto. Ne segue quindi, che l'annullamento o la rescissione mette le parti nella necessità di restituire quanto han potuto ricevere in virtù dell'atto annullato o rescisso. Ma questo principio non si applica rigorosamente ai maggiori capaci, riceve eccezione, giusta il nostro articolo pe' minori, gl' interdetti, e le donne maritate. Costoro non sono tenuti di restituire ciò che hanno ricevuto che nei limiti nei quali si sono arricchiti; e spetta a colui che lor domanda la restituzione di provare ch' essi han profittato della cosa.

1313 [1267]. I maggiori sono restituiti in intiero per causa di lesione se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse in questo Codice.

902. La lesione non dà luogo a rescissione a pro dei maggiori, 1. che nelle divisioni, quando essa è maggiore di un quarto, (art. 887); o 2. nella vendita d'immobili (a prò del venditore soltanto), quand' essa è maggiore di $7/_{12}$ (art. 1674).

1314 [1268]. Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo ai minori o agli interdetti, tanto nell'alienazione degl'immobili, che nelle divisioni delle eredità, sono i medesimi considerati, relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggior età o prima dell'interdizione.

903. Già sappiamo che il Codice, mutando qui le regole del nostro antico dritto, dichiara pienamente inattaccabili gli atti fatti in nome dei minori con l'adempimento delle formalità speciali richieste dalla legge; abbiam già veduto esser questa una delle ragioni di risolvere, come ha fatto la Corte Suprema col suo arresto del 18 giugno 1844, che la rescissione per lesione non è oggidì ammessa contro niuno degli atti regolarmente fatti dal tutore (o dal padre amministratore legale) o con l'assistenza del curatore.

CAPITOLO VI.

DELLA PRUOVA DELLE OBLIGAZIONI E DI QUELLA DEL PAGAMENTO.

I. — Il Codice, in questo sesto ed ultimo capitolo del titolo delle *Obbligazioni convenzionali*, tratta dei mezzi coi quali si può stabilire sia la esistenza di un' obbligazione, sia la sua estinzione.

Diciamo trattarsi della pruova sia dell'obbligazione sia della *estinzione* di essa, e non già soltanto di quella *del pagamento*, come dice la nostra rubrica, e non diceva del pari Pothier (*part.* 4). Egli è evidente, in fatti, che poco monta per qual causa il debitore siasi trovato liberato, e che non dovrà men rigettarsi la domanda di questo debitore quando tenda a stabilire che il suo debito siasi estinto per novazione, compensazione, o altrimenti, che quando egli farà pruova di un pagamento.

Quindi l'art. 1315 ci dice che il debitore debbe giustificare il pagamento, *o il fatto che ha prodotto l' estinzione*... Potrebbesi dire ad ogni modo che la parola *pagamento* viene impiegata dalla nostra rubrica nel senso suo generico e per esprimere qualunque rottura di legame (*solutio*), mentre che l'art. 1315 l' adopera nella sua eccezione speciale.

II. — Questo capitolo, dopo aver cominciato dal dichiarare (art. 1315) da chi debba farsi la pruova, statuendo da tal punto un principio che la ragione ci fa agevolmente comprendere *a priori*, indica (art. 1316)

(1) Giurisprudenza costante dal 1833: Cass, 25 nov. 1833; Nimes, 11 genn. 1839; Parigi 2. nov. 1840; Grenoble 10 giug. 1842; Rouen 17 genn. 1846; Lione 25 nov. 1850; (Dev. 36: *I.* 150; 39, II 300; 41 II, 154; 43, II, 241, 47, II 351, 51, II, 87) — Solon (II, 468), Zachariae (II, p. 441).

cinque classi di pruove, ognuna delle quali formerà l'oggetto di una particolar sezione.

1315 [1269]. Quegli che dimanda l'esecuzione di una obbligazione, deve provarla.

All'incontro, colui che pretende di essere stato liberato, deve giustificare il pagamento e il fatto che ha prodotto la estinzione della sua obbligazione.

SOMMARIO

I. La pruova di una pretesa qualunque incumbe a chi l'agita, volendo rovesciare lo stato di cose prestabilito.

II. Continuazione e significato delle massime *Probatio incubit actori ;— Et qui dicit non ei qui negat.*

III. Applicazione della massima all'obbligazione di cui l'atto non enuncia la causa; spetta al debitore il provare che la causa non esite. Errore del Duranton, Zachariae, ecc.

I. — La ragione ci dice spettare a colui che avanza una domanda, cui si oppone il suo avversario, di giustificarla: quando voi elevate una pretensione contro di me, ed io la sostengo falsa, voi dovete stabilire la base, e non già degg' io provarne l'inesattezza.

Così la intende il nostro articolo, allorchè ci dice, che colui il quale pretendesi creditore, deve provare il suo credito, e che il debitore che diccsi liberato, deve stabilire la sua liberazione. Ma la proposizione non è poi sì estesa, o fa mestieri dire in modo più generale, più assoluto, che spetta sempre a colui che sostiene una pretensione quale che sia di farne la pruova.

Così, e per prendere qui un esempio che ci offre la disposizione dell'art. 1302, s'io pretendo che voi vi siate obbligato a consegnarmi il tal cavallo, spetta a me, in caso di diniego per parte vostra, di provare la vostra obbligazione; — Se non essendo stato il mio credito da voi negato, o trovandosi contro di voi provato, voi pretendiate essersi estinto con la morte fortuita del cavallo che mi dovevate, ed io metto in contestazione un tal fatto, spetta a voi il provare che in effetti l'animale sia perito per caso; — Che se, essendo questo fatto da me riconosciuto, o da voi assodato, io allego che la morte per caso fortuito è a voi imputabile e che mi dovete un'indennità, perchè senza una colpa da voi commessa pria dell'accidente, il cavallo non ne sarebbe stato colpito; se per esempio io dico, che voi eravate in mora di eseguiro, quando ebbe luogo l'avvenimento, e che senza un tal colpevole ritardo il cavallo sarebbesi sottratto all'incendio, o all'accidente qualsiasi che l'ha fatto perire, spetta a me il contestare la colpa di cui vi rimprovero; — Se a vostra volta voi sostenete, che nel caso in cui l'animale mi si fosse consegnato a tempo debito, esso sarebbe perito presso di me, come però presso di voi, spetta a voi il dar la pruova di siffatta novella allegazione.

II. — Non bisogna dunque prendere strettamente alla lettera la massima *actori incumbit probatio*, e credere che spetta sempre a colui ch'è attore in causa il far la pruova di qualunque proposizione contestata; spetta a colui che la eleva, che la invoca nel suo interesse e contro l'avversario (siasi attore o convenuto) il presentarne la giustificazione.

Senza dubbio può dirsi, che la massima *actori* è vera assolutamente e sempre: ma bisogna intenderla con discernimento e designare con la parola *actor*, non già colui che introduce la dimanda in giudizio, ma la parte (attrice o convenuta, poco monta) la quale introduce contro l'altra un nuovo elemento di decisione, e che agisce e procede, oltre allegando alcun che di nuovo, che pretende mutare ed abbattere, almeno in qualche punto, *lo statu quo*, lo stato in cui sono le cose, l'insieme de' fatti o delle idee, che trovasi di presente stabilito, sia da pruove già fatte, o da ricognizioni date, sia dalla natura ordinaria delle cose. A dir breve, la regola *actori* non è vera assolutamente, se non quando la si applichi del pari e al convenuto tendente (*agens*) a giustificar la sua difesa, ed all'attore gravato di giustificar la sua domanda, e quando si abbia cura di porre accanto della regola ACTORI *incumbit probatio*, quest'altra regola *reus excipiendo fit* ACTOR. Ciò è stato ben capito dalla Corte di Grenoble come da sua decisione del 14 luglio 1832. Il Tribunale di prima istanza avea imposto ai coniugi Argoud, perchè attori, il carico di provare che una servitù reclamata su di un loro podere non esistesse, ma la Corte, fondandosi su questo principio evidentissimo, che la libertà dei fondi è lo stato naturale e normale, riformò tale sentenza, e mise la pruova a carico di coloro che pretendevano avere il dritto di servitù, tutto che convenuti. (Dev., 33, 2, 11).

Bisogna del pari intendere con prudenza quest'altra massima, sì frequentemente invocata e che talvolta è stata mal compresa, che la pruova ricade su colui che afferma o non su chi niega; *ei qui dicit, non ei qui negat*. Se vuolsi che siffatto principio sia vero, bisogna intendere *is qui dicit* di colui che

suscita una pretesa, che reca in campo una nuova allegazione, tanto col negar ciò che sembrava essere, quanto affermando ciò che sembrava non essere; reciprocamente *is qui negat*, sarà colui che, vuoi negando, vuoi affermando, contraddirà, respingerà la nuova allegazione per restare nello *statu quo*.

Taluni antichi glossatori intendevano ben altrimenti siffatta massima fondandosi su di un passaggio mal interpetrato del Codice giustinianeo. La legge 23 di tal codice, lib. 3, tit. 19 dichiara che un attore non può, riconoscendosi nella impossibilità di provare la sua pretesa, forzare il convenuto a provare il contrario; perchè, secondo essa, colui che nega il fatto non ha, per la natura stessa delle cose, alcuna pruova a fare; *actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit; cum, per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit.* Le ultime parole *factum negantis probatio nulla*, aveano, come ben si vede, un significato puramente relativo, cui fa ben comprendere l'insieme della frase: significavano che il convenuto negando il fatto allegato contro di lui, non à nulla a provare; che non si à alcuna pruova a fare, quando si rimane sulla difensiva, quando si tien fermo ad un diniego. I glossatori, isolando questo parole dal resto della frase, le presero in un senso assoluto, e ne formarono questa massima generale; non *v' è giammai pruova a fare per chi nega; qualsiasi prova di un diniego è impossibile per la natura stessa delle cose.*— Purtuttavolta siccome rinvennero parecchi testi, i quali supponevano la necessità di provare proposizioni negative, e smentivano perciò il loro preteso principio, restrinsero in modo singolare, imaginando quattro classi di negative di cui tre, a loro dire, potevano e dovevano provarsi, e l' ultima sola nol poteva; la negativa *di un dritto*, quella di *una qualità*, l' altra di *un fatto definito* (vale a dire precisato nelle sue circostanze) e l'ultima di *un fatto indefinito.*

Ma queste sottigliezze imaginate sull' appoggio di un principio erroneo e che vedesi invocato ancor tuttodì, dovrebbero ben essere bandite in virtù del principio stesso. Tutte queste idee che sarebbero al certo morte da lunga pezza, se la *rutina* non fosse la più gran potenza del mondo, sono state vittoriosamente combattute nel XVII secolo dal giureconsulto alemanno Cocceo; ed anche pria Bartolo e Marcardo avevano nettamente insegnato « che ogni qualvolta » una negazione è la base di una pretesa di » una parte, attrice o convenuto, poco rileva, spetta a lei di far la pruova, senza distinguere, se la negazione sia di dritto, » di fatto o di qualità ». *Ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis,* EI QUI NEGAT INCUMBIT ONUS PROBANDI... *sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis.*

Ed in fatti oltre al non esservi alcuna negazione che non possa trasformarsi in un'affermazione contraria e divenir quindi suscettibile di pruove, egli è aperto che nei casi ben rari, in cui la pruova della negazione si troverà impossibile, sarà una aventura per chi agita la pretesa basata su tale negazione, ma non è una cagione per imporre delle pruove a chi nulla domanda, a chi nulla pretende e si accontenta di attendere la giustificazione degli attacchi contro di lui diretti. — Del resto in questo stesso caso, la posizione della parte che suscita la novella pretesa non sarà tanto spiacevole per quanto sembra a prima vista. Chè se essa non può provar compiutamente la sua allegazione, potrà almeno provare taluni fatti, talune circostanze che le daranno alcun che di verosimile ed un certo grado di probabilità. Or se un tal principio di pruova autorizza il giudice, ai termini dell' art. 1367, a decidere mercè *il giuramento che deferirà*, vuoi all'avversario, vuoi anche *alla parte che suscita la pretesa*;ed il rifiuto del convenuto (convenuto nell'azione o nell'eccezione, poco monta) di dare egli stesso una pruova contraria che gli sarebbe agevole di procurare e che quindi è in colpa di non fare, basterà ad esporlo a vedersi condannato pel semplice giuramento dell' avversario.

Laonde il miglior modo di rispondere alla quistion di sapere, da chi debba farsi la pruova, non è il dire che la pruova spetta all' attore, non è neppure il dire che spetta a chi afferma e non a chi nega. Queste due proposizioni, esattissime, quando sono intese come debbono esserlo, offrono un significato ambiguo che potrebbe indurre in errore. È mestieri dire che ogni novella pretesa, ogni allegazione tendente a mutare lo stato attuale delle cose, debb' essere provata da colui che l'agita, e giammai da colui contro del quale è diretta e che la impugna.

III.—Tal principio semplicissimo offre, secondo noi, la facile soluzione di una quistione per quanto importante, altrettanto controvertita, e sulla quale la piupparte degli autori ed in ispecie il Duranton (X-355) e lo Zachariae (II) ci sembrano essere caduti in un errore che punto non commette la giurisprudenza.

Quando lo scritto che contesta un contratto unilaterale, un' obbligazione assunta

da una persona verso di me, senza obbligo reciproco da mia parte verso di lei, non enuncia la causa dell' obbligazione, per esempio, quando voi avete sottoscritto un biglietto così concepito. « Io riconosco dovere ad N. una somma di 500 fr. che gli pagherò alla tale epoca » ovvero: « Mi obbligo pagare ad N. alla tal' epoca una somma di 500 fr. » senza dire perchè la somma sia dovuta, spetta al preteso creditore di provare ch' esista una causa lecita, ovvero al preteso debitore di stabilire che non esista?

La risposta, a nostro modo di vedere, è semplicissima. Poichè delle due allegazioni contrarie debbe provarsi quella che tende a cangiare lo *statu quo*, ad abbattere l' insieme de' fatti e delle idee già acquistate, sia con pruova o ricognizioni precedentemente date, sia mercè l'ordinaria natura delle cose, spetta a colui che qui apparisce come debitore e che non pertanto pretende di non esserlo il provare che in fatti nol sia... Quando io vengo a richiedervi 500 fr. presentandovi uno scritto col quale voi vi dichiarate *obbligato* a pagarmeli, è aperto che io non turbo per nulla l' ordine prestabilito e che la mia pretesa tende semplicemente a far seguire alle cose il loro corso normale e regolare; voi vi siete costituito mio debitore, io dimando che siate trattato come tale; nulla di più naturale. Quando al contrario voi mi rispondete di avere in realtà segnato uno scritto, ma ch' esso debba essere annullato, che voi vi siete dichiarato obbligato verso di me, ma che non pertanto nol siete altrimenti; voi volete abbattere ciò che esiste, impugnare quanto voi stesso avete stabilito, prendete l' offensiva e diventate ACTOR *excipiendo*; spetta dunque a voi il far la pruova della vostra pretesa... Invano si dirà che spetta a chi dicesi creditore il giustificare l' esistenza delle diverse condizioni alle quali era subordinata la formazione del suo credito, e per conseguente l' esistenza di una causa della obbligazione. Che siffatta causa (come le altre condizioni richieste) è stabilita, quanto al presente e salvo pruova contraria, appunto perchè voi vi siete proclamato debitore. Infatti è evidente, che giusta il principio generale e nell' ordine regolare delle cose, non si soscrive un' obbligazione, quando nulla si deve. Senza dubbio ciò può avvenire (e precisamente perchè il fatto è possibile vi si permetterà di provarlo) ma questa è l' eccezione, la derogazione allo stato normale ed abituale. Or non v' è bisogno di provare la regola contro l' eccezione, sì bene l' eccezione contro la regola.

E come mai non si è acorto fin dove menerebbe la regola contraria? Ciò che il Duranton, lo Zachariae, il Dalloz ed altri dicono della causa, bisognerebbe dirlo del pari delle altre condizioni richieste per la validità dell' obbligazione. L'obbligato direbbe al suo creditore « Per farmi condannare al pagamento, è mestieri che stabiliate un credito valido ed efficace, provate dunque ch' io era maggiore, non interdetto, che ho agito liberamente, ec. ec. » Che, in fin dei conti, se la legge esige una causa lecita, richiede del pari la capacità della parte che si obbliga, vuole un consenso scevro di errore, violenza, o dolo; e se il creditore è tenuto a provare l' esistenza della prima condizione, non si vede perchè sarà dispensato dal provare l' esistenza delle altre... Il vero si è che, dal momento che uno si riconosce obbligato, si deve credere che lo sia in effetti, sinchè non abbia provato il contrario; e ciò è vero, tanto della causa quanto delle altre condizioni, poichè la causa non ha maggior bisogno delle altre di essere espressa nell' atto (art. 1132).

Nè si dica che il debitore trovasi così sottoposto alla pruova assolutamente impossibile di una negativa indefinita, a che soccumberà necessariamente, pur quando la sua pretesa fosse perfettamente fondata. È questo un errore palpabile, e la posizione d'un tal debitore non è mai sì penosa quanto piace di dire... E di fermo, o trattasi di una falsa causa, cioè di una causa che credevasi esistere, ma che punto non esiste; o l' atto aveva una causa reale ma contraria alla legge; o era causa futura che non si è avverata, o una causa successiva che à cessato di esistere, o finalmente vi è stato manco assoluto di causa; ed allora colui che à sottoscritto l' atto era pazzo (chè solo una persona priva dell' uso della ragione può assumere un' obbligazione senz' alcun motivo). Or in tutti questi casi la negazione si trasforma nell' affermazione di un fatto positivo quant' altro mai, di cui sarà agevole la pruova (1); e se è vero che il creditore può sempre (tranne il caso di follia, la cui pruova, fatta una volta, nulla più gli lascerebbe a rispondere) aver una sfuggita dicendo che, se l' avversario rende verosimile la sua pretesa, non ne dà non pertanto la pruova, poichè l'obbligazione può aver tutt'altra causa

(1) Il Duranton dice che, nel caso di falsa causa, sarà agevole al debitore di provare la falsità della causa, ma che gli sarà assolutamente impossibile di provare il manco totale di causa. È questo un sensibile errore: chè il fatto di obbligarsi senza alcuna causa non può essere che il risultato di mancanza di ragione, e la follia è certo una cosa che cade perfettamente in pruova.

che quella di cui egli prova il vizio, non bisogna dimenticare che la verosimiglianza che questo debitore dà alla sua allegazione permette al giudice, vista la mala volontà del creditore (il quale si contentasso di dire: « v'è una causa valida ch' io conosco ma non voglio indicare) » di deferire il giuramento a questo debitore (art. 1367).

Spetta dunque al debitore di provare in tal caso la sua allegazione, e questo punto, già proclamato un tempo dal Parlamento di Parigi, pei paesi di consuetudini, e dal parlamento di Tolosa pei paesi di dritto scritto, è del pari consacrato sotto il Codice (1) dagli arresti, (sebbene il Duranton non ne citi alcuno, neppure nell' edizione *con l'aggiunta dell'analisi della giurisprudenza*).

E siffatta dottrina deve parere ancor meno dubbiosa, in quanto che è stato riconosciuto da altri più numerosi arresti, ed anche dagli autori che confutiamo, che il manco di causa debb' essere provato dal soscrittore, allorchè lo scritto porta le parole, *riconosco dovere:* soltanto allorchè si è detto *pagherò*, o *mi obbligo di pagare*, questi autori vogliono far ricadere la pruova sul creditore. Tale distinzione, imaginata da antichi autori, riprodotta nel Consiglio di Stato, e riprodotta anche oggidì, specialmente dal Duranton, non è ella una puerilità?

Como mai la ragione, il buon senso permettono di vedere una differenza tra colui che dice « riconosco dovere tale somma ad N. » e quei che dice « mi obbligo di pagare tale somma ad N.? » non è forse un riconoscersi debitore il dichiararsi tenuto a pagare? Essere debitore, o essere obbligato, è tutt' uno; ed il Duranton stesso altrove lo proclama solennemente (XIII-321 com. 6).

Del resto la quistione non può presentarsi che pel contratto unilaterale; chè, se lo scritto contestasse un contratto sinallagmatico, la causa di ciascuna obbligazione vi si troverebbe necessariamente enunciata, poichè sarebbe precisamente l' obbietto dell' altra obbligazione.

1316 [1270]. Le regole che riguardano la pruova per iscritto, la pruova testimoniale, le presunzioni, la confessione della parte ed il giuramento, sono spiegate nelle seguenti sezioni.

N. B. Abbiamo già detto che cinque sezioni sono consacrate alle cinque specie di pruove di cui parla il nostro articolo.

SEZIONE I.

DELLA PRUOVA LETTERALE.

I. — La legge qui comprende sotto il nome di pruova letterale, non già solo quella che risulta dalla scrittura propriamente detta, ma sì ancora quella che trovasi stabilita da *tacche*, destinate ad indicare la quantità delle mercanzie fornite da una parte all' altra, e che quindi costituiscono una specie di scrittura, un sistema di segni sufficiente ad esprimere il pensiero che si tratta di manifestare.

II. — Gli scritti destinati a far pruova delle convenzioni, chiamati con molta esattezza *instrumenta* (mezzi di pruova, istrumenti di pruova) àn finito col ricevere i nomi, poco esatti, ma consacrati dall' uso, di *titoli* o *atti*. A parlar propriamente, *l' atto* non è altro che il fatto stesso interceduto tra le parti, *quod actum est*; ma per una maniera di dire si è trasportato allo scritto, che rammenta l'avvenimento, la parola che solo conveniva all'avvenimento stesso. Dicasi lo stesso della voce *titolo*, la quale esattamente esprime il fondamento del dritto (titolo di acquirente, di erede, di donatario) e che si è applicata all' *instrumentum* che fa pruova di siffatto titolo. Del resto se il il sostantivo *instrumentum* non è usitato nel senso di cui qui trattasi, il verbo *istrumentare* al contrario s' impiega benissimo, come vedremo nell' art. 1317.

I titoli o atti sono *autentici* o *sotto scrittura privata*, *originali* o *semplici copie*, *primordiali* o soltanto *di ricognizione*.

III. — La sezione che qui spieghiamo è divisa in cinque paragrafi, i quali si occupano:

Il primo del titolo autentico e delle controlettere, con le quali vi si apporta una derogazione segreta; il secondo dell' atto sotto scrittura privata; il terzo delle tacche; il quarto delle copie di titoli; il quinto ed ultimo degli atti di ricognizione. Parla pure degli atti *confermatici*, i quali regolarmente non doveano trovarsi nel nostro capitolo, ma nel precedente alla sezione degli *atti di nullità*: chè la conferma o la ratifica ha per iscopo di fare sparire il vizio che pormetta di fare annullare una conven-

(1) V. Rennes 21 ag. 16, Liegi 19 feb. 24, Bourges 12 feb. 25; Agen 3 lug. 30; Cass. (su di arresto di Poitiers) 16 ag. 48 (Dev. 5, 2, 190; 8. 2. 27. 32, 2. 575; 49. 1, 115) — Nello stesso senso: Malleville (art. 1131) Marbau (*Transaz.* n. 157) R. de Villargues (v. *Causa delle obbligazioni*); Bonnier (*Pruove*, n. 557) Poujol (art. 1131 n. 8).

zione, e quanto ai mezzi di pruova, segue le regole ordinarie.

§ I.

Del titolo autentico.

1317 [1271]. L'atto autentico è quello che è stato ricevuto da pubblici ufficiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui fu disteso, e colle solennità richieste.

SOMMARIO

I. Che cosa è l'atto autentico. Trattasi già specialmente dell'atto notarile.
II. Quattro condizioni sono richieste per la sua efficacia.
III. Analisi e critica della deplorabile legge del 21 giugno 1843.

I. — Chiamansi generalmente atti autentici o atti pubblici, quelli che emanano regolarmente dalla pubblica autorità. Quindi gli atti legislativi sono in prima lista atti autentici. Dicasi lo stesso degli atti amministrativi; ma il nostro articolo non intende parlare di tutti questi atti; come ben si vede, quando parla di atti *ricevuti* da pubblici ufiziali aventi il dritto *d'istrumentare*; non si occupa, come chiaramente indica e la sua redazione o la materia cui appartiene, se non dell'atto autentico avente per iscopo di *far pruova delle convenzioni*. Del resto, sarebbe stata cosa agevole il dare una definizione applicabile a qualunque atto autentico, dicendo esser quello che emana da pubblici ufiziali che agiscono nel regolare esercizio delle loro funzioni (1).

I cancellieri, i patrocinatori, gli uscieri ec. conferiscono eziandio l'autenticità agli atti di loro competenza; ma gli atti autentici di cui parla il nostro articolo, quelli che son destinati per eccellenza a comprovare autenticamente le convenzioni, sono gli atti *notarili*, poichè il notaio ha precisamente la missione di dare l'autenticità alle dichiarazioni di volontà dei cittadini.

II. — Perchè l'atto sia veramente autentico e produca l'effetto annesso ad un tal carattere, bisogna che sia ricevuto da un funzionario capace e competente, e redatto con le forme richieste. Ed anzi tutto è mestieri, che chi riceve l'atto sia un pubblico ufiziale: se si trattasse dunque di un individuo che si fosse dato per notaio, ma che tal non era, è chiaro che l'atto da lui redatto non varrebbe fino alla iscrizione in falso, quale che fosse stata la buona fede delle parti ingannate. Dicasi lo stesso di un notaio destituito; chè, con la sua destituzione, egli ha cessato di esser notaio, non è più un ufiziale pubblico: il che, ben inteso, non ha luogo se non dal giorno in cui la destituzione è stata notificata, non da quello in cui fu pronunziata. Ma pensiamo che altrimenti sarebbe e che l'atto serberebbe la sua piena autenticità, se la persona da cui emana siasi fatta nominar notaio senza riunire le condizioni richieste; per esempio se uno straniero avesse ottenuto una commissione, facendosi credere Francese, o credendosi egli stesso Francese; o se per errore un francese fosse stato nominato notaio pria dell'età richiesta; chè se è vero esservi in tal caso violazion di legge, non è men vero che l'individuo è notaio e che resterà tale, sinchè non sarà ritirata la sua commissione (*conf.* Duranton XIII-77, Bonnier, n. 354). — È mestieri in secondo luogo che l'ufiziale pubblico sia capace d'istrumentare, e per conseguenza l'atto non avrebbe la sua efficacia, se fosse ricevuto da un notaio sospeso dalle sue funzioni, purchè in conformità di quanto sopra abbiam detto, siavi stata notificazione della sospensione. Ben è vero che il notaio, il quale è soltanto sospeso, a differenza di quello ch'è destituito, è sempre un pubblico ufiziale, ma incapace d'istrumentare durante la sua sospensione.— Bisogna in oltre, che l'ufiziale sia competente, vale a dire 1° che l'atto da lui disteso sia della natura di quelli pe'quali ha missione: 2° che lo riceva nel luogo in cui ha dritto d'istrumentare; e 3° che quest'atto non riguardi persone alle quali gli è vietato di prestare il suo ministero. Laonde un notaio non potrebbe rilasciare una citazione in giudizio, come un usciere non potrebbe ricevere un atto di donazione, un notaio di Versailles non potrebbe rogare un atto a Parigi; e niun notaio può ricevere (art. 8. legge 25 ventoso anno XI) un atto nel quale sia parte un suo parente o affine in linea diretta in qual siasi grado, o in linea collaterale sino al terzo grado (fratello, zio, o nipote). — È mestieri finalmente che siansi adempiute le formalità voluto dalla legge; e

(1) Laonde, niun dubbio che il processo verbale di conciliazione redatto dal giudice di pace sia un atto autentico, che non potrebbe essere impugnato, se non col difficile mezzo della iscrizione in falso. In fatto egli è chiaro, che il giudice conciliatore non è mica una persona privata. Quando dunque l'art. 54. Cod. proc. ci dice che quest'atto non ha che la *forza* di un'obbligazione privata, non intende parlare della *forza probante*, della fede dovuta all'atto, sibbene della *forza esecutiva* soltanto. V. art. 1319 n. III.

dobbiam qui dir qualche cosa di talune di tai formalità concernenti il numero e la qualità delle persone dalle quali debba l'atto riceversi.

III. — L'art. 9 della legge del 25 ventoso anno XI dispone che « gli atti saran ricevuti da due notai, ovvero da un notaio assistito da due testimoni » Ma siccome siffatta regola di già fissata, e poi rinnovata dalle ordinanze di Filippo IV nel 1304, di Carlo VII nel 1437, di Luigi XII nel 1498 e di Francesco I. nel 1543 (1) non aveva potuto mai vincere la resistenza dei notai, e siccome due disposizioni del regolamento del 1681 e 1703, ed anche degli editti reali di ottobre 1691, marzo e settembre 1706 (2) finirono col modificare una tale disposizione, e dissero che l'atto potevasi ricevere da un notaio, restando a di lui cura il farlo sottoscrivere da altro suo confratello, ciascun notaio continuò dopo, ad onta della legge di ventoso, a ricevere egli solo gli atti, salvo a richiedere poi ad un confratello la sottoscrizione di pura forma. Ciò che facevasi pel notaio in secondo, fecesi pure naturalmente pei due testimonii destinati a sostituirlo; e nei luoghi in cui non risedeva che un sol notaio, egli riceveva gli atti solo e senza testimonii, salvo a far apporre subito dopo la sottoscrizione di due vicini, i quali la davano abitualmente a tutti gli atti dello studio, senza neppur sapere di che vi si trattasse.

Era questa (checchè siasene detto) una flagrante violazione della legge di ventoso, la quale riproduceva nettamente la regola delle antiche ordinanze, non già la regola diversa degli editti più recenti, che d'altronde punto non riguardavano i testimoni, la cui presenza era stata sempre indispensabile agli occhi del legislatore. Era inoltre una pratica poco morale, dichiarandosi negli atti che le parti erano comparse ed aveano stabilito le loro convenzioni innanzi N. N. *ed il suo collega*, sebbene costui non avesse neppur vedute le parti, o che l'atto era stato ricevuto *in presenza di tali e tali testimonii*, allorchè queste due persone di nulla erano state testimoni: erano la menzogna e la falsità autenticamente stabilite in tutti gli atti notarili... Pur tuttavolta la giurisprudenza ricusò sovente (ad onta del testo formale dell'art. 68 della legge di ventoso, il quale dichiarava nullo ogni atto fatto in controvenzione dell'art. 9) di annullare simili atti; e se numerosi arresti delle corti di appello pronunziarono la nullità, un numero anche maggiore ne proclamò la validità, per lo strano motivo che l'uso invalso avea operato una tacita abrogazione della legge, come se fossimo ancora sotto l'impero delle consuetudini! come se il potere legislativo il quale può solo fare o disfare una legge, non fosse oggidì esclusivamente annesso alla espressione pubblica e regolare della volontà del Sovrano!... Quest'ultima giurisprudenza, la quale asser poteva di funesto esempio, avea alcuna probabilità di trionfare, allorquando la Corte suprema con arresto di rigetto del 7 maggio 1839, e specialmente con arresto di cassazione del 25 gennaio 1841 (3) al dichiarò nettamente per la nullità dicendo ed a ragione, che il numero delle contravvenzioni ad una legge non potrebbe legittimarlo; che l'uso opposto ad una disposizione di pubblico interesse non è se non un abuso da non consacrarsi, e che se l'uso à potuto abrogar la legge, allorchè le consuetudini eran leggi, non potrebbe punto essere lo stesso ai dì d'oggi...

Il governo allora si scosse e propose una legge.

Sembra che, assolvendo pure il passato mercè l'onnipossenza legislativa, fosse il momento di esigere per l'avvenire la sincerità delle garenzie, a porzion delle quali i nostri antichi re non avevano rinunziato che dopo 400 anni di lotta (4), garenzie che la condotta di taluni notai in questi ultimi tempi pareva rendere più che mai necessarie. Ma così non fu, e la legge del 21 giugno 1843 venne a sanzionare al contrario per la generalità degli atti l'antico sistema del notariato, e quanto al secondo notajo e quanto ai testimoni... Fu dato per ragione nel rapporto alla Camera dei deputati (5) che la presenza reale dei due notai non poteva aver luogo senza aumentare il numero di tali funzionarii. Ma quando anche così fosse (e mi si conceda di dubitarne) la legge di ventoso non permetteva forse di sostituire al secondo notaio due testimoni?... Si è soggiunto che testimoni ignoranti, dipendenti del notaio, e spesso da lui pagati, esser non potevano una garenzia. Ma appunto per aver testimonii daddovero, come negli atti dello stato civile, in quelli di notorietà rilasciati dai giudici di circondario, come nei testa-

(1) *Rac. d'Isambert*, t. II, p. 818; t. VIII, p. 855; t. XI, p. 352, e t. XII, p. 835.

(2) *Giornale delle Udienze*, t. 5, lib. 3, cap. 44, Jousse, *Ammin. della giust. civ.*, parte 5, tit. 2, n. 50

(3) Dev. 39, 1, 353; 41, 1, 103; *I. du P.*, 1, 1839 p. 503, I, 1841, p. 154.

(4) Si è veduto che l'ordinanza di Filippo V è del 1304, e che il primo editto modificante la regola è del 1691. Il potere reale non si è dunque arreso se non dopo gli sforzi di 388 anni! Si sa da altra parte che, se finì col transigere pel secondo notaio, mai nol fece per la presenza dei testimoni.

(5) *Monitore* del 9 marzo 1841.

menti bisogna esigere la presenza di tali testimoni. E se la garenzia di due testimoni era insignificante, come mai la vostra nuova legge la richiede per eccezione negli atti che le sembrano più importanti degli altri...Si è pur detto, che la presenza dei testimonii recherebbe impaccio alle parti, le quali possono talvolta avere a cuore che non sia conosciuto il segreto dei loro affari e della loro posizione, e si è precisamente voluto questa presenza pel riconoscimento dei figliuoli naturali! Egli è agevole a chi teme la divulgazione di un atto, lo scegliere egli stesso due testimonii, sulla cui discrezione possa contare, e secondo noi non v' era alcun ragionevole motivo per ricusare alle parti le garenzie loro accordate dalle antiche ordinanze e dalla legge di ventoso.

Checchè sia di tale opinione, àvvi un punto che non ci sembra quistionabile: ed è, diciamolo francamente, *la immoralità* di questa legge, la quale stabilisce, *come regola di dritto*, quella menzogna che più non era stata se non un *fatto* illecito e tollerato. In fatti gli art. 1 e 3 riescono a dire che l'art. 9 della legge di ventoso (le cui prescrizioni sono richieste sotto pena di nullità dall' art. 68) è tuttavia in vigore ; che quindi è mestiere sempre ed a pena di nullità, che l'atto sia ricevuto da due notai, o da un notaio e due testimoni, ma che tale regola dovea intendersi nel modo che la pratica del notariato l'avea sin allora applicata. Questi due articoli vogliono dire dunque : *gli atti potran riceversi* DA UN NOTAIO SOLO E SENZA TESTIMONI, *ma con la condizione, richiesta sotto pena di nullità, di dir nell'atto , ch' è stato ricevuto* DA DUE NOTAI , O DA UN NOTAIO ASSISTITO DA DUE TESTIMONI , *e di fare apporre subito dopo le firme necessarie per dare a questa falsa dichiarazione l'apparenza della verità!*

Perciò i nostri legislatori fan qui della furberia un principio legale ed impongon officialmente ai notai il gioco di una miserabile commedia. Senza fallo non vi si è posto mente; ma è difficile l'imaginare cosa più demoralizzante di siffatta legge (1).

Ma, per viziosa che possa essere tale legge, non è meno obbligatoria ; e dobbiamo qui riassumere le regole risultanti dai suoi quattro articoli per le classi di atti notarili da essa creati. 1° I testamenti pubblici debbono sempre riceversi da *due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni* (art. 4; e Cod. civ. art. 971); — 2° le donazioni tra vivi anche tra' coniugi, le revocazioni di donazione o di testamento, i riconoscimenti di figliuoli naturali , i contratti matrimoniali, le pruove date per consentire a diversi atti, debbonsi ricevere da *due notai, o da un notaio in presenza di due testimoni* (art. 2°) ; — 3° tutti gli altri atti possonsi ricevere *da un notaio solo* e senza testimonii, purchè l'atto porti la falsa menzione dell' assistenza di un secondo notaio o di due testimonii , e la loro sottoscrizione (art. 1 e 3).

Non ci estenderemo più oltre sulle regole a seguirsi per gli atti notarili , poichè non faremmo con ciò il comentario del Codice civile, sibbene quello della legge di ventoso anno XI, per la quale bisogna rapportarsene ad opere speciali.

1318 [1270]. L'atto non autentico per l'incompetenza o incapacità dell'ufficiale, o per un difetto di forma, vale come privata scrittura quando sia stata sottoscritta dalle parti.

SOMMARIO

I. L'atto autentico, nullo come tale, può valere come atto privato , o forma quindi una classe intermedia non sottoposta alle regole speciali dell' atto privato. Errore del Delvincourt.
II. È dispensato da tali regole , e specialmente ha forza , senza essere fatto in doppio , o in triplo , anche quando è ricevuto in brevetto.
III. Ma non ha il vigore di atto privato , se non quando è sottoscritto da tutte le parti contraenti obbligazione.
IV. Confutazione di un errore contrario del Toullier e del Duranton.
V. È mestieri inoltre che l'atto abbia veramente l'apparenza dell' autenticità o che le parti abbian dovuto crederlo autentico. Sviluppi su questa regola inesattamente formolata dal testo.
VI. Osservazioni.

I. — Perchè un atto sia veramente autentico, è mestieri , come si è veduto al n.° II dell' art. precedente, 1.° che sia ricevuto da un pubblico funzionario, 2.° ch' egli

(1) Dal momento che si ammetteva , a torto o a ragione, bastar un notaio solo, senza testimonii, bisognava dir francamente che gli atti potevansi ricevere da un notaio. Sembra che non i soli principii di morale, ma anche le regole del buon senso così esigessero... Quando si vede una tal legge proposta dal Ministero , adottata dalla Camera dei deputati (sul rapporto del sig. Filippo Dupin) adottata dalla Camera dei pari (sul rapporto del sig. Frank Carrè) domandasi, ove siasi presso noi rifuggiato il rispetto della santa maestà delle leggi ed il sentimento della morale pubblica', si domanda con ispavento ove siam tratti da pochi anni in qua o a quali destini è riserbata la Francia.

N. B. Scrivevamo ciò per la nostra 3. edizione, 1847. Gli avvenimenti àn bentosto giustificata la nostra previsione, ricordando anche una volta a coloro che van decorati del nome di uomini di Stato che «Dio o la morale ànno qualche ingerenza nelle cose di quaggiù» V. i nostri *studi di scienza religiosa*. p. 611 612.

sia competente; 3.° che sia capace; o 4.° che riceva l'atto secondo le forme volute dalla legge. — Quando manchi la prima di tali condizioni, quando colui che ha ricevuto l'atto non era pubblico ufficiale, l'atto rimane senza alcun vigore, la legge lo colpisce di completa nullità. Al contrario, quando l'atto emana da un funzionario, e siavi stata soltanto incompetenza, incapacità, o manco delle forme richieste, la legge nel nostro articolo 1318, il quale non fa che riprodurre la legge di ventoso, art. 68, viene in soccorso delle parti, ed accorda all'atto il valore delle scritture private, purchè ben inteso quest'atto sia munito della sottoscrizione delle parti.

Diciamo che il nostro articolo apporta alle parti un soccorso speciale. In fatti la sua disposizione non è una semplice applicazione dei principii generali, non si potrebbe seguirne la regola in tutt' i casi, se non fosse stata formalmente scritta. . . Vedremo all'art. 1325 che, quando trattasi di contratti sinallammatici, non puossi procurare una pruova scritta, anche con semplice privata scrittura, che redigendo tanti originali per quante vi ha parti aventi un interesse distinto. Per massima è mestieri dunque, che l'atto in scrittura privata sia fatto in doppio, triplo, quadruplo ec., allorchè due, tre, quattro o più parti trovansi avere nella convenzione interessi opposti. Or il nostro articolo deroga ad un tal principio per l'atto che le parti àn voluto e creduto fare autentico e che tal non è. Quest'atto il quale ha l'apparenza dell'autenticità, che riunisce realmente la più parte delle condizioni dell' atto pubblico regolare, che è stato ricevuto da un notaio, la cui minuta è stata depositata ec. questo atto la legge dispensa, ed a ragione, dalla formalità dei duplicati, e sol che abbia la sottoscrizione delle parti, vale *come se* fosse atto regolare sotto privata scrittura. — Laonde il nostro articolo altro non significa, come talvolta si è creduto, che per l'incompetenza o incapacità dell' uffiziale, o pel manco di forma, l'atto *diviene un atto sotto privata scrittura*. Tal non è il senso della nostra disposizione: lo scritto di cui è parola è *un atto autentico*; soltanto quest' atto autentico irregolare, e nullo come tale, vale come se fosse un atto privato redatto con tutte le condizioni volute.

La discussione nel Consiglio di Stato prova che tali sono state le idee del legislatore. . . . Il Jollivet cominciava dal riconoscere che l'art. 1325 (quello che impone la formalità de' doppii e che portava allora il n.° 214) punto non si applica al caso del nostro art. 1318 (allora 208) e fa osservare che, se così volesse intendersi la regola dei doppii, bisognerebbe estendere la redazione dell' art. 1325, il quale non parlava che degli atti sotto privata scrittura, e redigerlo così: « Gli atti *sotto privata scrittura* E QUELLI *di cui è oggetto l'art. 1218 ecc.* » Il Regnaud si oppose a siffatta aggiunzione facendo notare, che la quistione era stata già decisa dall'art. 68 della legge di ventoso; ed il Tronchet aggiunse che in fatti « allorchè l'atto è tenuto in un pubblico deposito non v'è più ragione a richiedere che sia in doppio » (Fenet t. XVIII, p. 113) (1).

E poichè l'atto autentico, irregolare e nullo per una delle tre cause indicate nel nostro articolo, ottiene, mediante la sottoscrizione delle parti, lo stesso valore che uno scritto privato, senza divenir con ciò atto sotto scrittura privata, e senza esser sottoposto alle regole, che saran tracciate dal § 2 per questa seconda specie di atti, bisogna dunque riconoscere, non ostante la contraria opinione del Delvincourt, che come non si gli può applicar la regola dell'art. 1326 così neppur quella dello art. 1325. — Esso art. 1326 esige, che la promessa unilaterale, con la quale una persona si obbliga a pagare una somma di denaro, delle mercanzie, o derrate, sia scritta per intero da questa persona, o che presenti, oltre della sottoscrizione, un *buono* o *approvato* scritto di suo proprio pugno, e portante in lettere la cifra del denaro e la quantità della cosa. Or poichè siffatta regola non concerne che gli atti sotto scrittura privata, e l'atto di cui si occupa il nostro articolo non è un atto sotto scrittura privata, ma un atto riconosciuto e rilasciato da pubblico notaio, questa regola dunque non lo colpisce. Ed in effetti, se il legislatore ha temuto la frode in un atto redatto forse *dal creditore stesso*, e che il debitore à potuto sottoscrivere fiduciariamente, senza verificarne a sufficienza il tenore, è chiaro che non v'era più lo stesso motivo di sospetto, allorchè l'atto è stato redatto da un terzo disinteressato, pubblico funzionario, e rivestito della fiducia della legge e delle due parti (2).

II. — Un punto più dilicato che non vediamo trattato in alcun autore, e che il Delvincourt ed il Dalloz (*loc. cit.*) sollevano per incidenza, ma senza risolverlo, si

(1) *Conf.* Delvincourt, t. II, Duranton, XII 71, Dalloz § 3, 4. 8, Bonnier, n. 377; Rig. 8. mag 1827

(2) *Conf.* Duranton (XIII 73) ed (implicitamente) Bonnier. n. 377-378.

è quello di sapere, se vi sarebbe egualmente dispensa dalle regole richieste per gli atti in iscrittura privata, e soprattutto la necessità dei duplicati, nel caso in cui l'atto autentico, nullo come tale, ma sottoscritto dalle parti, fosse stato ricevuto in brevetto, cioè senza minuta, per modo che fosse rimasto non già nel pubblico deposito del notaio, ma nelle mani di una delle parti... Il Delvincourt si accontenta di dire non esser di uso il fare redigere in brevetto un atto che interessa più parti; ma tuttochè non sia l'uso ordinario, può presentarsene il caso, ed in fatti s'è presentato: ed è di fermo un motivo per esaminare la quistione. Il Dalloz dice, ch'essa fu risoluta negativamente da un arresto di Parigi del 14 agosto 1815; ma è un errore: questo arresto à dichiarato l'atto completamente inefficace, non perchè fosse stato fatto in brevetto, ma perchè il notaio che si pretendeva averlo ricevuto, non l'avea sottoscritto, il che fece dire alla Corte, ch'esso non poteva valere nè come atto privato, perchè non fatto in doppio, nè come atto autentico, anche irregolare, poichè *non ricevuto da pubblica uffiziale.* Questa decisione è giustissima, come vedremo nel numero seguente; e quindi la nostra quistione rimane intatta.

Se si trattasse di discutere siffatta quistione in legislazione, forse dovrebbesi risolvere nel senso, pel quale sembrano inclinati il Delvincourt ed il Dalloz, almeno quanto alle convenzioni sinallammatiche, dicendo che l'atto autentico (irregolare) non varrà come scrittura privata, in questo caso, se non quando ne sarà rimasta minuta presso del notaio. Ma in dritto, la legge essendo qual è, ci sembra impossibile richiedere siffatta condizione.

Ed in prima la decisione non potrebbe essere dubbia per gli atti relativi a un oggetto, il cui valore eccede 300 fr. Chè l'art. 20 della legge di ventoso, dopo di aver richiesto in massima, che gli atti sieno ricevuti in minuta, fa immediatamente eccezione per gli atti semplici, i quali *giusta la legge*, possono rilasciarsi in brevetto; e la dichiarazione del 7 settembre 1723 che determina questi atti, mette in tal novero tutte le convenzioni non eccedenti 300 fr. L'atto notariale ricevuto in brevetto è dunque perfettamente legale e regolare, anche per un contratto sinallammatico, quando non trattisi di più di 300 fr. — Or quando l'oggetto del contratto offre un valore maggiore di tale cifra, è ben chiaro che l'atto ricevuto in brevetto sarà irregolare, e non avrà il valore di un atto autentico, poichè l'art. 68 della legge di ventoso dichiara nullo, come tale, l'atto nel quale si sarà contravvenuto alla regola dell'art. 20. Ma quest'atto, scevro della forza dell'atto autentico, conserverà (se sottoscritto dalle parti) la forza probante di un atto in iscrittura privata, poichè il manco di minuta è precisamente uno dei vizii di forma, di cui parlano il nostro articolo ed il 68 della legge di ventoso: « Ogni atto, dice quest'ultimo, fatto in contravvenzione all'articolo... *venti* (quello che richiede la minuta) varrà come scritto privato, allorchè sarà rivestito della firma di tutte le parti. » — Laonde sia che l'atto che dovea stipularsi in minuta e che lo è stato in brevetto non presenti se non tale irregolarità (diggià bastante a togliergli il suo vigore di atto autentico) sia che la irregolarità provenga simultaneamente da questo vizio di forma e da una delle altre cause indicate o dal nostro articolo o dal 68 della legge di ventoso, l'atto avrà sempre, purchè sottoscritto dalle parti, lo stesso valore di un atto privato regolare, cioè il doppio o il triplo nei casi in cui lo richiede l'art. 1325.

In reassunto si vede dunque, che inoltre 1° dell'atto autentico regolare pel quale debbonsi adempiere le diverse prescrizioni della legge di ventoso, e 2° dell'atto privato di cui il Codice ci traccerà le regole nell'articolo seguente, la legge riconosce 3° un atto *autentico* irregolare il quale, vale come un atto sotto privata scrittura, di tal che, atto autentico avente vigore come tale, atto autentico valido come privata scrittura, ed atto privato, tali sono le tre classi di scritti costituenti la pruova letterale.

III. — Il legislatore nel nostro articolo come nella legge di ventoso non dà all'atto che à l'apparenza dell'autenticità, senza averne rigorosamente la realtà, l'effetto di un atto privato regolare che sotto la condizione di essere sottoscritto dalle parti. È quindi mestieri dire col Toullier (VIII-135) non bastare, che sia consacrato nell'atto che ciascuna o una delle parti à dichiarato non sapere o non potere scrivere. Che la dichiarazione del notaio a tal riguardo riproduca il suo effetto nell'atto autentico regolare, è cosa naturale; ma per l'atto che non à vigore se non per un favore eccezionale, non potrebbe essere così: la disposizione che lo fa valere essendo una eccezione, devesi applicar con rigore, e poichè la legge richiede la sottoscrizione, bisogna ch'essa vi sia.

Il nostro articolo richiede la *sottoscrizione delle parti* indistintamente, e la legge di ventoso dice *di tutte le parti.* Ma è d'uopo intendere queste espressioni con discernimento. Non è già necessaria la sottoscrizione di tutte le parti che àn figurato nell'atto ad

un titolo quale che sia, sibbene quello di tutte le parti contraenti obbligazione, delle parti contro di cui lo scritto è destinato a far pruova. Così trattandosi di convenzioni sinallammatiche e nelle quali ciascuna delle parti ha assunto degli obblighi, è indispensabile la sottoscrizione di tutte queste parti, o se l'atto non fosse segnato che da una di esse, non avrebbe alcun valore, e non proverebbe nè contro quella la cui sottoscrizione manca, nè contro quella che ha sottoscritto, poichè in ciò non si vedrebbe che un progetto cui lo scritto non avrebbe per nulla realizzato. Ma se si trattasse di un contratto unilaterale; per esempio di un deposito che io ho fatto presso Tizio e che costui è venuto a riconoscere innanzi notaio, è chiaro esser sufficiente la sottoscrizione del debitore... Ciò è evidente, poichè, come fa osservare il Delvincourt (*ibid.*) la sottoscrizione del depositario basterebbe anche per un atto sotto privata scrittura. Qui dunque la mia sottoscrizione non sarebbe per nulla necessaria, sebbene io avessi figurato nell'atta (*Conf.* Duranton, n. 73, Bonnier, n. 376.)

Ma che bisognerebbe risolvere, se si trattasse di una convenzione che presentasse da un lato una parte che ha sottoscritto, e dall'altra parecchie parti cointeressate, di cui una o più soltanto avessero dato la loro sottoscrizione? Così quando si presenta un atto notarile (nullo come tale) nel quale leggesi, che Pietro si obbliga verso Giacomo e Giovanni, vuoi a rilasciar loro il suo podere, vuoi a costruir loro una casa, vuoi infino a fare o dare checchessiasi; e che costoro si obbligano solidalmente a pagargli una somma di 60,000 fr., quale sarà il valore di questo atto, quando è sottoscritto da Pietro e da Giacomo, ma non da Giovanni?... sarebbe nullo e senza alcun valore, tanto rispetto ai sottoscrittori quanto rispetto all'altro, e la contraria dottrina del Toullier e del Duranton ne sembra un errore evidente.

IV. — Il Toullier (VIII-135-137) fa alla quistione una risposta contradditoria ne'suoi elementi, ma che vuol dire che l'atto è valido tra le parti che àn sottoscritto, salvo il dritto per ciascuna di esse parti di svincolarsene, finchè l'altra parte non avrà espressa la volontà di mantenere il contratto (1). Il Duranton, il quale ha almeno il merito di esprimersi nettamente e senza contraddizione, insegna del pari (t. III, n. 72) che il contratto trovasi sufficientemente formato o provato contro i soscrittori, e lor punto non accorda, come a torto fa il Toullier, la facoltà di sottrarsi al loro obbligo, che non potrebbe scindersi in fatti (ammettendo che esista) se non pel comune accordo dei contraenti. — Al contrario il Delvincourt (*loc. cit.*) insegna almeno come principio generale, ed il Bonnier, n. 376 pensa parimenti, che l'atto di cui trattasi è nullo, sol perchè tutte le parti contraenti non l'àn sottoscritto.

Non esitiamo a dire che quest'ultima dottrina è la sola vera, e che quella del Toullier e del Duranton è un grave errore.

Infatti, allorchè più persone volevano per esempio fare una compra in comune, obbligandosi congiuntamente e solidalmente a pagare il prezzo, e che una o qualcuna di esse soltanto abbian sottoscritto la progettata convenzione, nel tempo stesso che il venditore ciò faceva dal suo canto, è chiaro che i consensi dati da una parte e dall'altra non lo erano che sotto la condizione, che le altre parti venissero ad obbligarsi a lor volta, e quindi mancando la sottoscrizione di costoro, la convenzione trovasi non aver mai esistito che come progetto; senza dubbio, si è fatto qualche cosa, ma sotto condizione; e la condizione non avverandosi, tutto è rimasto nel nulla; il progetto era in via di attuamento, ma non si è attuato, non v'è mai stata vendita... Invano il Toullier ed il Duranton ci dicono, che il venditore non può ricusarsi ad eseguire sulla dimanda degli acquirenti sottoscrittori, poichè non avrebbe alcun interesse ad un tal rifiuto, offrendo gli altri due o tre soscrittori di pagargli la somma che gli sarebbe stata data dalle cinque persone che progettavano di comprare. Si è questo uno strano argomento, e reca sorpresa vederlo in bocca di giureconsulti... E invero, da quando in qua bisogna pur potersi ricusare all'esecuzione di una convenzione *che non esiste*, aver interesse a ch'essa non esista? Io ò consentito a vendere la mia tenuta per 60,000 fr. a *cinque persone designate*, tre di esse ànno accettato, le altre àn ricusato: con qual dritto queste tre persone mi forzerebbero a rilasciar loro il mio immobile per questo stesso prezzo di 60,000 fr.,

(1) Il Toullier infatti dopo aver dichiarato positivamente al n. 135 che *l'atto è nullo*, dice nel n. 136 che colui al quale la somma è promessa può esigerne l'esecuzione contro quello dei promettenti che a sottoscritto, se pria degli atti giudiziarii costui non abbia dichiarato uscir di obbligo e dopo aver così contraddetta per una delle parti la sua primitiva posizione di nullità dell'atto, la contraddice parimenti per l'altra al n. 137, dicendo che quello tra'condebitori che ha soscritto, può ugualmente, se la parte avversa non gli ha fatto significare che intendevasi sciolta di obbligo, costringere ad eseguire, purchè ben inteso offra egli stesso di adempiere per intero l'obbligazione correlativa. Quindi i n. 136 e 137 abbattono, ciascuno per una metà quanto avea stabilito il n. 135.

o anche per maggior prezzo?... Io ho proposto una vendita; non si è accettata qual'io la proponeva; dunque a nulla son tenuto; e se rilascio il fondo per lo stesso prezzo ai tre sottoscrittori, ciò avverrà perchè così mi piace, o perchè una nuova volontà formerà un novello contratto.

L'errore del Toullier e del Duranton è più strano ancora in quanto concerne i compratori, che, oltre del trattarsi non di una quistione d'*interesse*, ma d'una quistione di *volontà*, e che dal momento che siffatte persone volevano comprare in cinque, non se ne può inferire che comprar volessero in tre; egli è palpabile che la considerazione dell'interesse altresì si unirà spesso alla considerazione della volontà, poichè l'acquisto dell'immobile poteva esser vantaggioso, quando veniva fatto in cinque parti, e divenire al contrario malagevole allorchè rimaneva a peso dei tre soscrittori... Del resto, questa quistione d'interesse, ripetiamo, deve rimaner fuori discussione; e tutto si riduce a dire che l'atto non sottoscritto da tutti coloro che doveano obbligarsi, prova sì un progetto, ma non già una convenzione attuata.

Ciò ha riconosciuto del resto la giurisprudenza della Corte Suprema. Un arresto di rigetto del 27 marzo 1812, pronunziato sulle uniformi conclusioni del Merlin, proclama che un atto nullo come autentico « non ha potuto valere ugualmente come privata scrittura, poichè non portava la sottoscrizione di tutte le parti contraenti, e che il *manco d'obbligo* dal lato di una delle parti *metteva ostacolo alla perfezione del contratto*. » Un altro arresto anche più recente (26 luglio 1832) su di una uniforme decisione della corte di Metz, dichiara che quelli tra' cinque compratori che aveano sottoscritto « hanno inteso, obbligandosi solidalmente, non comprare ognuno che per un quinto del prezzo con un dritto di regresso ad ognuno contro gli altri; che quindi la corte di appello ha fatto una giusta applicazione delle regole di dritto *non sostituendo una convenzione ad un'altra*, e non forzando i soscrittori all'esecuzione di un contratto *diverso da quello che aveano inteso fare*; che il rifiuto di due fra'cinque acquirenti di sottoscrivere il contratto, avendo *rotto* pei *venditori* come pel *compratori segnatarii* il contratto *tal qual erasi inteso* da tutte le parti, *più non v'era vendito*, e rendevasi necessaria una *novella convenzione*, ecc. » È sorprendente che il Duranton, anche nella sua edizione con la giunta dell'analisi della giurisprudenza, non faccia motto di tali arresti, nettamente contrarii alla sua dottrina (1)... La giurisprudenza e la ragione son qui di accordo col testo della legge, il quale richiede, come si è veduto, la sottoscrizione di *tutte le parti* contraenti obbligazioni nell'atto.

Nel terminare questa parte delle nostre spiegazioni, faremo un'osservazione, il cui obbietto facilmente si prevede; ed è che la decisione da noi data non si applicherà soltanto al caso particolare, che qui ci occupa di un atto autentico irregolare, ma si estenderà necessariamente a tutti gli atti, quali che sieno, autentici o sotto privata scrittura. Laonde l'atto notarile o l'atto privato redatto in doppio, il quale non offrisse altro vizio che di non essere rivestito delle sottoscrizioni di tutti i coobbligati, sarebbe perciò solo senza alcun valore, poichè come or ora si è veduto, quest'atto pruova sì un progetto, ma punto non prova una convenzione formata, un contratto conchiuso.

Ma, ben inteso, se una delle parti che non ha sottoscritto confessasse, che la firma ch'essa non à voluto o potuto dare, non trovavasi necessaria che per la pruova del contratto, e non già per la sua *formazione*; che la convenzione era stata bene e debitamente conclusa anche pria della redazione dell'atto, ed indipendentemente da esso l'atto, fuor del quale le parti già tenevansi per obbligate; se fossevi stata simile confessione, è chiaro che il manco di sottoscrizione diverrebbe insignificante; la convenzione sarebbe allora pienamente efficace; poichè troverebbesi *formata*, astrazione fatta dallo scritto, e *provata* dalla confessione delle parti, fuori dello stesso scritto.

V. — Ci rimane a vedere quali sono precisamente gli atti, i quali non ostante la nullità da cui sono colpiti come atti autentici, otterranno, sotto la condizione che prenderemo ad indicare, la stessa forza che ha un atto regolarmente fatto sotto privata scrittura. Il nostro articolo dice esser quelli che son viziosi per incompetenza, incapacità, o difetto di forma, ma questa regola ha bisogno di essere sviluppata; chè àvvi degli atti che essa abbraccia, mentre sembra escluderli, ed altri a cui non debbesi applicare, sebbene sembri che le sue espressioni li comprendano.

Ed in prima la regola abbraccia dei casi che la redazione dell'articolo sembra escludere. Quindi, tuttochè la destituzione o la

(1) Dev. 32, 1, 492. *I. du P.*, t. XXIV, p. 1335. — Il secondo di questi arresti al quale ritorneremo più in là (art. 1317) decide pure a con maggior ragione, che l'atto di cui trattasi non sarebbe neppure un principio di pruova per iscritto.

sostituzione di un notaio non s'eno semplicemente dei casi d' incompetenza o d' incapacità, poichè il funzionario destituito o dimissionario cessa di essere pubblico ufiziale, e diviene assolutamente una persona privata, per tutta volta l'atto ricevuto dall' ex-notaio, la sostituzione o destituzione del quale, sebben regolarmente adempite, erano ignorate dalle parti, dovea evidentemente rientrar nella nostra regola, e vi si trova infatti allogata. L' articolo 68 della legge di ventoso, il quale esprime, come si sa, la stessa disposizione del nostro articolo, rinvia all' art. 52; e quest' ultimo colloca il caso di destituzione o di sostituzione nella stessa linea della semplice sospensione. Non è al certo da dire che fosse sufficiente essere stato un tempo notaio per potere stipulare degli atti, aventi forza di atti privati, senza seguirne le regole, è mestieri che l' atto abbia l' apparenza della autenticità, è mestieri che le parti abbian potuto e dovuto credere, che colui al quale si dirigevano era ancor notaio; ma ciò basta, e posto che l' atto è stato ricevuto poco tempo dopo la destituzione o la sostituzione, o in un tempo in cui l' ex notaio esercitava ancora, sebbene indebitamente le sue funzioni, le parti godranno del beneficio del nostro articolo.

Reciprocamente, sebbene debbasi classificare sotto la denominazione di *incompetenza* il caso di atti stipulati da un notaio, allorchè non potevano esserlo che da tale o tal altro uffiziale pubblico, egli è aperto che tali atti non varranno come scritture private, molto meno di quel che valgono come atti autentici. Non intende già parlare il nostro articolo dell' atto che niun notaio poteva stipulare, ma di quelli che doveansi stipulare innanzi un notaio diverso da colui che li ha stipulati. Ciò indica benissimo l' art. 68 della legge di ventoso, rinviando all' art. 6, il quale prevede il caso di un notaio che stipuli fuori della sua giurisdizione.—Parimenti, tutto che il manco della sottoscrizione del notaio sia evidentemente *un difetto di forma*, e che il nostro articolo per la generalità dei suoi termini, ugualmente che l'art. 68 della legge di ventoso col suo rinvio all' art. 14, sembrano abbracciarli, egli è certo che questo manco di sottoscrizione non permetterebbe di applicare tali articoli. Lo scritto non segnato dal notaio non ha nè la realtà e neppure l'*apparenza* dell' autenticità; quindi non può avere il valore di un atto privato, se non quando fosse veramente un atto privato, il quale offrisse le condizioni speciali richieste per questa terza specie di atti. Così decisero l'arresto di Parigi, diggià citato al n. II, del 14 agosto 1815, ed un altro della stessa corte del 17 dicembre 1829.

In quanto concerne la parentela o l' affinità tra il notaio o le parti o i testimonii, o tra' due notai, il manco di minuta, l' assenza, in taluni atti, del secondo notaio, o dei due testimonii che doveano sostituirlo, (e del manco, per altri atti, della *commedia legale*, la quale consiste, come si è veduto al n. III dell' art. 1317 a menzionare e far sottoscrivere come presenti un notaio o due testimonii che non lo sono) la irregolarità della commissione del notaio, ec. son questi casi d' incapacità o di mancanza di forma, che agevolmente dovrebbono classificarsi nella regola del nostro articolo, anche quando l' art. 18 non dimostrasse una tal verità, rinviando agli art. 8, 9, 10, 20, 64, ec.

Ben si scorge quanto è inesatta l' espressione del Toullier, allorchè dice e ripete in più d' un passo, specialmente ai n. 131, 140, 141, (t. VIII), che la legge sotto la la condizione della sottoscrizione delle parti dà forza di atto privato all' atto autentico *nullo per mancanza di forma*. Non al solo caso di difetto di forma applicasi la regola; ed il nostro articolo stesso ha ben cura di parlare e dell' incompetenza dell' ufiziale, e della sua incapacità, e del difetto di forma. Questo vizio di espressione è tanto più grave nel Toullier, che l' autore nella 1. pagina che consacra a siffatta regola (n. 131-142) in niuna parte spiega a quali atti essa si applica, e si contenta di ripetere sempre che trattasi di un atto *nullo per mancanza di forma*. Troppo ristretta da un lato, l'espressione divien troppo larga dall'altro, poichè abbraccerebbe eziandio il caso del manco della sottoscrizione del notaio!

VI. — Termineremo la spiega di questo articolo con due osservazioni talmente semplici che basterà di enunciarle. L' una si è, che l' atto nullo come autentico non potrebbe mai avere il valore sussidiario che gli conferisce il nostro articolo, e resterà come non avvenuto, quando si tratterà di uno dei casi pei quali l' autenticità è rigorosamente richiesta, per esempio una donazione tra vivi. — La seconda si è che, quando lo scritto offrirà le condizioni richieste per l' atto in iscrittura privata, varrà evidentemente come tale, per numerosi e profondi che possano essere i vizii da cui sarebbe colpito sotto il rapporto dell' autenticità. Laonde quando l' atto non sarà stato sottoscritto dal notaio, o anche quando sarà stato rogato da un individuo totalmente estraneo al notariato, è aperto che sarà perfettamente valido come atto privato pel solo fatto della sottoscrizione, se si

è in uno dei casi in cui la legge altro non domanda che la sottoscrizione; o se, essendo soggetto alla necessità del doppio originale (art. 1325), il notaio o il preteso notaio ne avesse infatti rogati due originali sottoscritti dalle parti, o se, avendo bisogno del bono o approvalo (art. 1326) questa formalità si fosse adempita. Difatti in tal caso più non sarebbe un atto autentico vizioso, valido come privata scrittura, sarebbe esattamente, e nè più nè meno, un atto sotto privata scrittura, e più non si ricadrebbe nel caso del nostro articolo.

Un'ultima idea che qui noteremo, perchè il Toullier vi à molto insistito sopra (n.133,141 e 142) e l'à rannodato alla spiega del nostro articolo, sebbene vi fosse completamente estranea, si è che, quand'anco l'atto fosse nullo sia come scritto pubblico, sia come atto privato, punto non risulterebbe da siffatta nullità dello scritto quella della convenzione cui un tale scritto dovea provare, se tale convenzione fossesi realmente formata, e si trovasse stabilita mercè un altro mezzo, per esempio mediante la confessione delle parti. Egli è ben chiaro, che tutte le volte che uno scritto non richiedesi per la formazione stessa del contratto (art. 1107 in fine, 1108, n. V. in fine) e non à altra importanza che per la pruova; il vizio o l'inesistenza di un tale scritto divengono insignificanti, dal momento in cui la convenzione trovasi altrimenti provata. Altro è la quistione della formazione o della validità della convenzione, quistione già precedentemente trattata, ed altro la quistione della *pruova*, obbietto del nostro capitolo 6.

Non dimentichiamo inoltre, che spessissimo le parti, astrazion fatta da ogni esigenza della legge a tal riguardo, non intendono legarsi se non mercè la sottoscrizione stessa dello scritto, e ritengono la confezione di un tale scritto come costituente precisamente la conchiusione del loro contratto del pari che la sua pruova.

1319 [1273]. L'atto autentico fa piena fede della convenzione che contiene fra le parti contraenti e loro eredi o aventi causa da essi.

Ciò non ostante, nel caso di querela di falso principale, l'esecuzione dell'atto impugnato per falso verrà sospesa colla introduzione dell'accusa di falsità, e nel caso che questa accusa fosse promossa per incidente i tribunali potranno, a norma delle circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto.

SOMMARIO

I. L'atto autentico fa pruova compiuta e fino all'iscrizione in falso delle convenzioni ed eziandio dei fatti che consacra, purchè si tratti di punti che il notaio attesti *propriis sensibus*, e che abbia missione di attestare.

II. L'atto fa piena fede in modo assoluto, tanto rispetto ai terzi, quanto rispetto alle parti. Critica di Pothier e della redazione del Codice.

III. Sospensione di esecuzione per effetto della iscrizione in falso. Osservazioni.

I. — L'atto autentico fa piena fede, vale a dire stabilisce la pruova compiuta dei fatti e delle convenzioni che contiene, e che l'uffiziale redattore avea missione di constatare, per modo, che non si potrebb' essere ammessi a respingerle mercè un semplice diniego, e neanche a provarne la falsità coi mezzi ordinarii. Questa falsità potrebbe senza dubbio provarsi; chè un funzionario può mancare ai suoi doveri, e la legge non poteva lasciare i cittadini senza alcun mezzo di stabilire l'infedeltà di tal funzionario, ma la pruova non può farsi se non col mezzo sì difficile della iscrizione in falso (Cod. pr., art. 214-251).

Diciamo, che sino a quando non sia annullato dal risultato di una iscrizione *in falso*, l'atto autentico fa piena fede, pruova compiuta dei *fatti* e delle convenzioni. In effetti, l'atto non pruova già solo le convenzioni, come dice il nostro articolo, *quod conventum est*; pruova tutto ciò che è avvenuto innanzi il notaio, *quod actum est*; ed è ben chiaro, che una enumerazione di specie, o le dichiarazioni di volontà che costituiscono un testamento, tutto che non presentino alcuna convenzione, sarebbero pur provate dall'atto, come il sarebbe un contratto. L'art. 1 della legge di ventoso è dunque redatto più completamente e con maggior esattezza del nostro, quando parla degli atti e contratti, ai quali le parti àn voluto dare l'autenticità.

Ma ben inteso l'atto così non istabilisce se non le cose che il funzionario ha potuto e dovuto contestare. — In prima bisogna che il notaio abbia potuto constatarle, vale a dire che siano avvenute a lui d'innanzi, che lo abbia vedute o intese, e che le attesti per averne acquistata la certezza *propriis sensibus*; so dunque si trattasse di contraddire l'atto in quanto che dichiari che la tale persona era maggiore, non vi sarebbe bisogno d'inscriversi in falso; chè non s'impugna la veracità del notaio; ben si riconosce essergli stata fatta una dichiarazione di maggiorità e solo si pretende che questa dichiarazione veramente fatta all'uffiziale trovasi falsa. Del pari, se si pretende che le convenzioni consacrate dall'atto sono fraudolenti o simulate, non si impugna punto la veracità del funzionario,

poichè soltanto si nega la sincerità, la lealtà delle convenzioni, che d' altronde ben si riconosce essersi formate esteriormente innanzi l' uffiziale pubblico. È un punto questo consacrato da numerosi arresti della corte di appello e della Corte Suprema (1).

Bisogna inoltre che l' obbietto della constatazione sia di quelli che l'uffiziale ha missione di constatare. Non sarebbe dunque mestieri di inscriversi in falso per mostrare lo sconcerto delle facoltà intellettuali al momento dell' atto, del testatore o donante, che il notaio avesse dichiarato sano di mente; chè il notaio non à missione di constatare autenticamente lo stato sanitario delle persone (Toullier, n. 145 *nota*, Bonnier, n. 391).

II. — Assolutamente ed in faccia a chiunque l'atto autentico prova, sino all' inscrizione in falso, *id quod conventum aut actum est*; ed a torto il nostro articolo, dopo aver detto che l' atto fa piena fede, soggiunge « tra le parti, loro eredi ed aventi causa ». È mestieri in quanto concerne la *fede* dovuta all' atto, non tenere alcun conto di tali parole, che in fatti non trovansi nell' art. 19 della legge di ventoso, cui il nostro codice à inteso riprodurre (Fenet, XIII, p. 114).— Queste parole rinvenivansi in Pothier, dal quale i nostri redattori le àn copiate, per la inesatta interpetrazione ch' ei dava al passaggio del Dumoulin, cadendo in una confusione contro della quale l' alta ragione di quest' ultimo erasi energicamente elevata.

Il Pothier diceva (art. 3, § 3, com. 1, e § 4, com. 1.) e dopo di lui parecchi annotatori del Codice, per giustificare la redazione del nostro articolo, àn detto che rispetto ai terzi l' atto fa *fede*, ma non precisamente *piena fede*; che per essi pruova soltanto *rem ipsam*, vale a dire l' oggetto principale e diretto dello scritto, le *disposizioni* dell' atto, mentre che per le parti, loro eredi ed aventi causa prova eziandio le semplici dichiarazioni incidenti, le semplici *enunciative*, purchè sieno in rapporto diretto con le disposizioni...Or tutto ciò è puramente imaginario, ed è mestieri dire col Toullier (VIII, 148) o col Bonnier (n. 392) che in quanto alla *pruova* delle convenzioni, non v' à differenza a fare tra le parti o loro aventi causa ed il terzo, niuna distinzione a stabilire tra le disposizioni e le enunciative, e che tutte le parti dell' atto autentico, tutte le contestazioni del funzionario, vuoi dispositive, vuoi enunciative, fanno piena ed intera fede contro ogni persona, senza che se ne possa contraddire per una, se non mercè la inscrizione in falso. Il terzo al pari delle parti non possono dare una mentita all' uffiziale investito dalla legge della sua fiducia, e se costui, sino a che non siasi provato col mezzo della legge autorizzato ch' è stato falsario, è reputato aver detto il vero, è chiaro che assolutamente e per tutti à detto il vero.

Ma se è evidente che la veracità del funzionario e per conseguenza la *fede* dei due atti sono le stesse per tutti, è evidente del pari, che non potrebbe essere diversamente dell' *effetto* che questi atti debbono produrre, vale a dire dei dritti e delle obbligazioni che ingenerano il fatto o la convenzione constatati; e sotto tal rapporto dell' *effetto* la regola del 1° comma del nostro articolo e quella dell'articolo seguente trovansi vere. In diffinitiva il nostro articolo à inteso parlare dell' effetto che dovrà darsi all' atto, dei dritti ed obbligazioni che ingenererà, e non della fede, del credito che gli si deve accordare.

In quanto concerne questo *effetto* dell'atto, che i redattori àn solo avuto in mira, tutto che la loro redazione indichi il contrario, le regole dei due nostri articoli divengono perfettamente esatte, se al contrario si volessero intendere della *fede* dovuta all' atto, fede che sarebbe più o meno piena, a seconda de'casi, queste regole sarebbono ad un tempo profondamente false e contrarie sì alla mente del legislatore come alla ragione. Tutto dunque riducesi ad un semplice vizio di redazione, provveniente dalla confusione tra la fede dovuta all' atto ed all' effetto da attribuirglisi; vizio che dee del resto allo stesso Pothier rimproverarsi.

Diciamo poche parole di sviluppo a siffatte idee.

Diciamo in prima che le regole dei nostro art. 1319 e 1320, inammessibili quando vanno intese delle fede dovuta agli atti, divengono perfettamente semplici e razionali in quanto all' effetto che l' atto deve produrre. — In effetti se è impossibile l' ammettere che un atto notarile non faccia fede, non merita credito, tanto a fronte dei terzi, quanto a fronte delle parti o loro rappresentanti, è al contrario semplicissimo che le convenzioni o gli atti quale che sieno, così stipulati, non abbian questo effetto che tra esse parti, o loro rappresentanti; questa altro non è che l' applicazione dell' art. 1165 e della regola di dritto e di

(1) V. specialmente gli arresti di rigetto del 31 lug. 1833, 4 febb. 1836; 2 marzo 1837, 7 mag. 1839; (Dev. 33, 1, 840; 36, 1, 839; 37, 1, 985; 39. 1, 483.—*I. du P.* t. XXV, p. 745; 1837, 11, 89; 1839, 2, 258).

ragione : *res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest*. Vedremo del pari che le regole dell' articolo seguente, prive di logica, allorchè vanno intese della fede dovuta all' atto, divengono perfettamente giuste, quando van spiegate allo stesso punto di veduta e quanto agli effetti dell' atto stesso.

Diciamo in secondo luogo che, in fondo, tal è il pensiero che i redattori, secondo il Pothier, celano sotto una impropria espressione. La verità di siffatta proposizione che rifulgerà nitidamente da quanto diremo nel comma seguente, sembraci già risaltare dal testo stesso del nostro articolo. In fatti la seconda parte comincia con la congiunzione *pertuttavolta*, il che indica una eccezione alla regola già formata; or questa seconda parte consiste nel dire che, nel tale o tal caso, l' esecuzione dell' atto sarà sospesa ; ma se la sospensione dell' eseguimento è una eccezione alla regola precedente, questa regola adunque, nella mente dei redattori, ben organizza l' effetto dell' atto, effetto accidentalmente stabilito dalla fine dell' articolo. — Il ravvicinamento di questi tre articoli 1319-1321 contribuisce eziandio a stabilir la stessa idea, ed è sì vero, che nei primi due i redattori, parlando della fede dovuta all' atto, pensano all' effetto che questo atto deve produrre, che dopo di essersi così occupati dell' effetto degli atti, giungono nell' ultimo articolo ad occuparsi, e questa volta esplicitamente, dell' effetto delle controscritture, con le quali se ne venissero a modificare le disposizioni.

Diciamo da ultimo che la confusione qui commessa dal Pothier (e quindi dai nostri redattori) e che il giureconsulto di Orleans presentava come la riproduzione della dottrina del Dumoulin, era stata per lo contrario criticata, ed in termini energici, da quest' ultimo. La breve analisi che qui faremo per la contestazione di un tal fatto sarà in pari tempo la miglior dimostrazione delle regole di dritto su tal punto.

Il Pothier, il quale pel primo imaginò (*ubi sup.*) la singolare distinzione dell' atto provante tutto il suo contenuto, quando trattasi delle parti, e provante soltanto *rem ipsam*, quando trattasi dei terzi, il Pothier ci presenta siffatta dottrina, siccome estratta dal § 8 del Commentario di Dumoulin sulla consuetudine di Parigi n. 8 e 10 (tit. 1 dei *Feudi*). Or il Dumoulin nel passaggio indicato spiega precisamente il contrario, e lo fa con una notevole insistenza, rilevando con forza la confusione nella quale eran caduti *i dottori* e che il Pothier ad onta di un tale avviso non ha saputo a sua volta evitare... Il Dumoulin dice nel suo sommario, *Instrumenta publica probant rem gestam contra omnes* ; ed il Pothier che sembra essersi fermato ad un tale sommario senza leggerne lo sviluppo, ha d' altronde mal compresa tale proposizione : invece di capirla nel senso vero ed assoluto « gli atti pubblici provano verso tutti *ciò che è avvenuto*, tutto quel che è avvenuto innanzi il notaio, *rem gestam*, tutto ciò che il notaio dichiara » l' ha presa nel suo senso ristretto « gli atti non provano contro tutti che *rem gestam*, *rem* IPSAM, che il fatto principale della convenzione, mentre che tra le parti fan fede di tutto il loro contenuto. » Vedremo quanto il dotto commentatore della consuetudine di Parigi è lungi dall' ammettere la distinzione che ne trae il Pothier.

Il Dumoulin dichiara dal ben principio, che non bisogna confondere la forza *probante* dell' atto con la sua forza *efficiente* ; ciò che concerne *la pruova* con quanto concerne *gli effetti* ed il merito del diritto ; *la fede*, il credito dovuto alle dichiarazioni dell' atto, coi dritti che quest' atto crea pro o contra le persone...

Pria di rispondere alla quistion di sapere, qual è il valore dell' atto autentico irregolare, egli fa osservare, che la quistione può elevarsi o in quanto alla pruova, o in quanto agli effetti ed ai dritti che l' atto deve produrre : « *aut quaeritur* QUOAD VERITATEM » SEU PROBATIONEM *rei gestae... aut quaeritur* » QUOAD JUS ET EFFECTUM *actus gesti* » e dopo aver tracciato sin dal principio questa linea di demarcazione, che il Pothier non à veduta, dichiara e *per tre volte consecutive*, che in quanto concerne *la pruova*, la forza dell' atto è esattamente ed assolutamente la stessa per tutti, senza che siavi alcuna possibile differenza a tal riguardo tra i terzi e le parti, loro eredi ed aventi causa : « *quoad veritatem seu probationem*, PLENAM FIDEM FACIT » QUOAD OMNES ; *nedum inter patronem et* » *clientem* (1) *vel eorum haeredes*, *vel causam* » *habentes, sed etiam* CONTRA QUOSCUMQUE EX-» TRANEOS ; *quoniam acta vel quaecumque* » *scripta publica probant seipsa*, *id est rei* » *taliter gestae* FIDEM FACIUNT INTER QUOS-» CUMQUE. » — Così esposto ciò che concerne la fede dovuta all' atto, la forza probante di esso atto, il Dumoulin giunge agli effetti che esso deve produrre ; ed allora fa

(1) Si comprende che fa d' uopo generalizzare le espressioni del Dumoulin ed intendere di tutte le parti contraenti ciò che dicesi del *patronus* e del *cliens* : abbiam detto che il nostro passaggio è estratto dal titolo dei *Feudi*

distinzione, siccome la ragione lo richiede, tra le parti, loro eredi od aventi causa, ed i terzi; « *quoad jus et effectum acti gesti, tunc » aut inter quos confectum est, eorum haeredes » vel causam habentes, aut inter poenitus ex» traneos* »; e ci dice che pei primi l'atto, nel tempo stesso che fa pruova, ingenera pure dei dritti od obbligazioni, mentre che non può produrne in quanto ai secondi; « *in » primo membro plene probat* ET PRAEIUDICAT... « *secundo membro, videlicet inter extraneos;* » ILLIS NON PRAEIUDICAT, *quia res inter alios » acta, non nocet, nec obligat, nec facit jus » inter alios.* »—E come se non fosse bastato di esporre sì nettamente queste regole di una sì evidente verità; come se avesse presentito che la confusione già fatta pria di lui tra la fede dell'atto ed il suo effetto, potesse più tardi rinnovarsi, ed avesse compreso il bisogno di elevarsi con tutta la sua forza contro tale falsa idea, il dotto scrittore aggiunge un'ultima frase per ripetere ancora che la forza probante dell'atto è la stessa *per tutt'indistintamente*, poichè l'atto è autentico *per tutti* ed assolutamente, e per fare stare in guardia a tal riguardo contro *il linguaggio crassamente inesatto dei dottori, i quali sì di sovente parlano senza comprendersi.* » Così appunto, ci dice, in questo senso *degli » effetti* dell'atto bisogna spiegare le parole dei dottori: « *Ita exponenda sunt dicta docto» rum, ubicumque* PERFUNCTORIE ET CRASSE » (*ut plerumque solent*) LOQUENDO, *dicunt in» strumentum publicum inter extraneos* NON » PROBARE, *quia ibi verbum* probare *per ca» tachresim, sive improprie, pro jus effice» re, sive* praejudicare *accipitur. Caeterum, » vere et proprie loquendo, publicum instru» mentum* ERGA OMNES EST AEQUE PUBLICUM » ET PROBANS ».

Come comprender dopo di ciò che il Pothier vi abbia scorto una forza probante maggiore verso le parti, che verso i terzi, e che oggi stesso giureconsulti di grido, e dotti professori, invece di emendare la viziosa redazione del Codice, insegnino e scrivano che, tra le parti o loro rappresentanti ed i terzi « v'è questa differenza che l'atto a ri» guardo di questi ultimi prova SOLTANTO » *rem ipsam*, e che al contrario rispetto ai » primi fa *piena fede* (Demante II, 794)?...

Cerchiamo quindi non retrocedere al di là del Dumoulin, di non indietreggiare di trecento anni, e non ricadiamo oggi in quel linguaggio falso e vuoto di senso, che il possente logico del XVI secolo rimproverava con tanta severità ai dottori dell'epoca sua!..

Tutto quanto l'atto notarile *prova* tra le parti, la ragione dice che lo prova egualmente verso i terzi, verso chicchessia; non è già relativamente, non è già per coloro che vorranno aver in lui fiducia, che il notaio è un pubblico uffiziale, stabilito per dare autenticità a quanto avviene in sua presenza e per emettere proposizioni credibili sino alla inserizione in falso; egli è assolutamente: senza dubbio quando si tratterà dell'effetto che debbono produrre queste proposizioni tenute per vere, dei dritti ed obbligazioni che deve ingenerare quanto si è detto o fatto innanzi il notaio, *quoad jus et effectum actus*, oh! allora bisognerà accuratamente distinguere tra le parti ed i terzi, ma in quanto alla fede dovuta alle constatazioni, in quanto alla verità dei fatti e detti riferiti dall'uffiziale nei limiti delle sue attribuzioni, *quoad veritatem seu probationem*, essa è assoluta e non ammette distinzione; ciò che pruova la constatazione del notaio, lo pruova per tutti; ciò che non pruova pel terzo nol pruova punto per chiunque.

N. B. Sebbene il Toullier (VII-148) sembra ammettere, almeno in germe, le idee da noi sviluppate, pure è mestieri guardarsi dal prenderle per guida in tal materia, e dovransi leggere con precauzione e diffidenza: chè sembra aver egli su tutto ciò delle idee poco precise e cadere (almeno in quanto ai termini che impiega) in contraddizioni fra le quali sarebbe difficile se non impossibile di ritrovar il bandolo. Così ci presenta la sua dottrina come quella che professarono già il Dumoulin e *il Pothier*: or noi abbiamo veduto che costui si è stranamente allontanato dalle spiegazioni chiare e logiche del Dumoulin, e si è immerso, trascinandovi anche il Codice, in una confusione contro la quale il primo erasi elevato con gran forza. Così ancora, dopo aver detto, che il nostro art. 1319 è inesattamente compilato, allorchè restringe la fede dovuta all'atto autentico tra le parti ed i loro rappresentanti, mentre ch'essa si estende evidentemente ai terzi, tanto per la convenzione, quanto per gli altri fatti attestati dal notaio, ritorna più volte, e segnatamente al t. IX, n.° 68 a dire che « *questi atti anche autentici non fanno fede* » DE' FATTI CHE CONTENGONO *che tra le parti*, » *loro eredi*, *od aventi causa*, secondo l'art. » 1319 ».

Le spiegazioni del Duranton molto meno complete non son neppur più precise; e ci sarebbe difficile il dire, se la dottrina del dotto professore sia quella del Dumoulin o quella del Pothier.

Ei dice benissimo da un canto, *che l'atto fa* EGUALMENTE *fede rispetto ai terzi*, *tranne in quanto all'*EFFETTO DI OBBLIGARLI, il che sembrerebbe essere la dottrina del Dumoulin; ma aggiunge che questa fede, in quanto con-

cerne i terzi non cade che su *rem ipsam*, sul fatto *principale*, il che indica una differenza, anche in quanto alla fede dovuta, tra i terzi e le parti, e rientra quindi nella idea del Pothier (XIII, 81 e 98).

III. — Giusta la disposizione del secondo comma del nostro articolo, l' effetto dell' autentico può, e qualche volta deve, esser sospeso dalla procedura di falso. Se l' atto trovasi impugnato con un' azione criminale diretta contro l' autore del preteso reato di falso, la sospensione risulta di pieno dritto dalla sentenza che pronunzia la messa in causa, e rinvia innanzi le Assise, (C. inst. art. 231): al contrario quando l' atto non è arguito di falso che innanzi la giurisdizione civile, la sospensione non è che facoltativa pei giudici, i quali possono o no pronunziarla, a seconda dei casi.

Sarebbe fuori del nostro soggetto lo sviluppar qui le idee che rannodansi alle bizzarre qualifiche di *falso principale e falso incidente*, mantenute solo da una cieca rutina, come tante altre. Siffatta materia appartiene ai Codici di proc. e d' istr. crim., e ci basta qui il sapere, che il falso chiamasi *principale*, quando è impugnato criminalmente, giusta gli art. 145 e segg. Cod. pen.; 448 e segg. Cod. istr. crim.; ed *incidente* quando la constatazione ne è domandata ai tribunali civili, nel corso di un giudizio pendente innanzi ad essi, giusta gli art. 214 e segg. Cod. di proced. — Non dobbiamo neppure esaminare, se il falso non potesse essere principale, vale a dire l' obbietto di un' *azione principale*, innanzi la giurisdizione civile del pari che innanzi i tribunali criminali; diciamo soltanto che, se si ammetta quest' azione principale nel civile, la sospensione di esecuzione non sarebbe egualmente che facoltativa, poichè la sospensione punto non è pronunziata per tal caso, di cui il legislatore non si è neppur occupato.

Pria di lasciare il testo di tale articolo, facciamo un' ultima osservazione. Potrebbesi credere, ravvicinando i due commi, che un atto è sempre suscettibile d' esecuzione forzata (salvo lo effetto della inscrizione in falso), sol perchè è autentico, e che la forza esecutoria è la conseguenza diretta dell' autenticità. Sarebbe un errore; e l' atto autentico non è esecutorio che in quanto e sino a che è rivestito dalla formola di comando in nome del sovrano: « *Repubblica francese; in nome del popolo francese*, » poi segue il tenor dell' atto, dopo di che: *la Repubblica comanda ed ordina* ec. Questa formola che si pone sì al principio ed alla fine dell' atto, come al principio ed alla fine delle sentenze, si chiama il *pareatis* (obbedite), donde le espressioni ben ridicole di *titolo parato*, *esecuzione parata*. — Si ha un esempio di un atto autentico, non traente seco esecuzione, nel processo verbale di conciliazione del giudice di Circondario, che l' art. 54 Cod. pr. ci dice non avere in quanto all' esecuzione se non *la forza di un atto privato*.

1320 [1274]. Tanto l' atto autentico, quanto la privata scrittura, fa prova fra le parti, anche di quelle cose le quali non sono state espresse che in modo enunciativo, purchè l' enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. L'enunciative estranee alla disposizione non possono servire che per un principio di pruova.

SOMMARIO

I. Distinzione tra il *dispositivo* di un atto e le sue *enunciative*. Esse sono *dirette o estranee* al dispositivo.
II. Questo articolo, al pari del precedente si occupa, sotto la parola *fede*, degli effetti che l' atto debbe produrre. In quanto alla fede essa è la stessa per tutto e per tutti.
III. L' enunciativa diretta ha lo stesso effetto di una disposizione speciale; l' enunciativa estranea al dispositivo permette soltanto di provare con testimonii quanto non sarebbesi potuto provare che per iscritto. *Idem* in uno scritto privato.
IV. Queste enunciative sono oggidì senza alcun effetto contro i terzi.
V. Dicasi altrettanto sia quando sono antiche che quando recenti. — Errori diversi del Toullier.

I. — Questo articolo distingue, nel testo di un atto, ciò ch' è *disposizione* da quel che è *enunciativa* semplicemente. Chiamasi disposizione, o proposizioni dispositive, o dispositivo dell' atto, tutto che esprime il vero oggetto dell' atto stesso, l' accordo che le parti ànno inteso di fare, la posizione che àn voluto darsi, di tal che nulla potrebbe sopprimersi di tale dispositivo, senza mutar con ciò l' accordo che l' atto avea in mira; chiamansi al contrario enunciative, o proposizioni enunciative, le semplici indicazioni che nel corpo dell'atto trovansi essere accessorie e sovrabbondanti, di tal che potrebbonsi togliere, senza modificare l'accordo che le parti eransi proposto. Fra queste enunciative il nostro articolo distingue quelle che ànno un rapporto diretto e prossimo col dispositivo, e quelle che, non avendovi se non una lontana relazione trovansi davvero estranee allo scopo proposto. — Così per esempio io vado con Pietro da un notaio, perchè vi stipoli con me un atto contestante la rendita che esso Pietro mi deve per più anni, e di cui sin allora io non avea avuto titolo, e Pietro sottoscrive al par di

me un atto col quale *riconosce dovermi una rendita di 100 fr. per ciascun anno, le cui annualità son pagate sino a quel giorno, e che continuerà a pagarmi a tal'epoca*. Le parole, *le cui annualità son pagate sino a quel giorno*, non costituiscono che una enunciativa, e punto non appartengono al dispositivo dell' atto, poichè esso à per oggetto, per iscopo, di darmi un titolo del mio dritto di rendita, e non di dare a Pietro una quietanza delle annualità anteriormente pagate; ma questa enunciativa è in rapporto affatto diretto ed intimo con le disposizioni. Al contrario, se Pietro, cui io vendo la mia casa per 20,000 fr., dichiara che mi pagherà un tal prezzo all' epoca del rimborso dei 10,000 fr. che già mi deve *e i cui interessi sono saldati sino a quel giorno*, quest' ultima frase non costituisce ancora che una enunciazione, ma questa volta essa non à alcun rapporto col dispositivo dell' atto, poichè trattavasi solo di fissare le regole e le condizioni della vendita.

Compresa ora la differenza che passa tra il *dispositivo* di un atto e le sue *enunciative*, sia ad esso direttamente relative, sia ad esso estranee, passiamo alla spiegazione dell'articolo.

II. — Abbiamo veduto dalle spiegazioni date nel n. II dell' articolo precedente, che il nostro articolo, mentre dichiara occuparsi della *fede* dovuta all' atto, s' occupa al contrario degli effetti che l' atto può produrre; e che siffatto vizio di redazione deriva dalla confusione in cui è caduto il Pothier, ad onta delle spiegazioni sì chiare ed energiche, con cui il Dumoulin sembrava averla prevenuta.

In quanto alla fede dovuta all' atto, di cui l' articolo non si occupa, tutto che sembri occuparsene, è evidente che una tale fede, un tal credito all' attestazione notarile, è completamente lo stesso per le enunciative che per le disposizioni, a quella guisa che è pur lo stesso pel terzo come per le parti; niuno può, senza servirsi del mezzo della inscrizione in falso, dire che il notaio ha mentito in taluna parte dell' atto quale che sia, e nè nell' enunciativa più che nel dispositivo: il credito che la legge accorda ed impone è necessariamente lo stesso per tutto come per tutti: *quoad veritatem seu probationem, plenam fidem facit quod omnes; publicum instrumentum ergo omnes est aeque publicum et probans*.

Ben inteso, l' atto, giusta quanto abbiam detto al n.° 1° dell' articolo precedente, non farà fede se non di quanto il notaio attesta *dropriis sensibus*; laonde sarà provato e legalmente incontestabile (tranne con la iscrizione in falso) non già che le annualità o gl' interessi di cui sopra è quistione *erano pagati* (chè ciò non fu attestato dal notaio) ma soltanto che *Pietro ha dichiarato* essersi pagati; salvo ad esaminare in seguito, come faremo al n.° III, se ed in quai limiti questa dichiarazione potrà produrre un effetto ed ingenerare dritti ed obbligazioni.

III. — Il valore dell' atto è invariabile; esso è sempre ed assolutamente lo stesso, quando trattasi della fede dovuta alle contestazioni, ma è tutto altro, in quanto all' *effetto* dell' atto, in quanto ai dritti ed alle obbligazioni che crea. Or, ripetiamolo, unicamente di un tal *effetto* il nostro articolo intende parlare con la parola inesatta di *fede*, perchè; come diceva il Dumoulin, le parole *probare, fidem facere*, son poste impropriamente per *jus efficere, praejudicare*. Allora e *quoad jus et effectum ostus* è mestieri, siccome fassi distinzione tra le parti ed i terzi, distinguere parimenti tra il dispositivo e le enunciative, e poi distinguere eziandio, se tali enunciative sono dirette, ovvero estranee al dispositivo.

Il nostro articolo dichiara, ed a ragione, che le semplici enunciative producono tra le parti (ed è mestieri dir altrettanto, ben inteso, dei loro rappresentanti, sebbene il testo nol dica) lo stesso effetto delle disposizioni stesse, allorchè son con esse in rapporto diretto; e che al contrario costituiscono solo un principio di pruova per iscritto tra esse parti o i loro rappresentanti, allora quando sono estranee alla disposizione. Laonde quando l' atto stipulato per dare a Paolo un titolo di rendita che gli appartiene contro Pietro, menziona incidentalmente che tutte le annualità scadute di siffatta rendita sono state pagate, questa semplice *enunciativa* porrà le due parti nello stesso stato rispettivo che se fossevi una *disposizione* a tal riguardo; vale a dire una quietanza formale di Paolo verso Pietro per tutte le dette annualità. Ed in effetti, se Paolo intervenendo all' atto col quale Pietro riconosce la rendita, non fosse stato pagato delle annualità, è ben chiaro che non avrebbe lasciato inscrire nell' atto una tale enunciazione: essa era in troppo intima relazione con l' oggetto principale detto scritto, perchè non v' abbia potuto prestare attenzione. Al contrario, quando si è messo nel contratto di vendita di una casa la menzione incidente del pagamento degl' interessi di un debito del compratore, non è impossibile che siffatto membro della frase, il quale non avea alcun rapporto con l' obbietto del contratto, sia passato inosservato al venditore in mezzo alle moltiplici clausole dell' atto;

e la leggo non poteva in conseguenza dargli il valore di una disposizione speciale, di una quietanza formale. Ma siccome una taie enunciativa, se non rende certo come la precedente il consenso del creditore, gli dà almeno nna certa verosimiglianza, non sarà priva di tutto l'effetto; formerà per le parti, un principio di pruova per iscritto; vale a dire che il debitore o il suo rappresentante avrà verso il creditore o i suoi aventi causa, la facoltà di fare colla semplice pruova testimoniale, pruova della sua liberazione (art. 1317), pruova che per massima non avrebbe potuto farsi se non per iscritto (art. 1341).

Del resto, siccome trattasi qui del rapporti delle parti tra loro o dei loro rappresentanti, non dei terzi, o che quanto ad esse parti o loro rappresentanti uno scritto privato ha necessariamente lo stesso effetto dell' atto autentico (art.1322), quanto abbiam detto per le enunciative contenute in un atto notarile applicasi del pari a quello che si trovassero in un atto sotto privata scrittura. E ciò dichiara in fatti formalmente il nostro articolo.

IV. — Laondo le enunciative ànno talvolta lo stesso effetto di una disposizione; tal'altra autorizzano la pruova per testimonii nei casi in cui non fosse permessa per massima: ma non è così so non tra le parti o loro rappresentanti; e queste enunciative rimangono prive di ogni effetto rispetto ai terzi. So dunque è detto nell' atto di vendita della casa da voi venduta a canto del mio giardino, ch' essa gode di un dritto di veduta su detto giardino, siffatta menzione non avrà alcun effetto contro di me, e non potrà opporomisi, per la semplicissima ragione che non emana da me, e ch' io son compiutamente estraneo all'atto nel quale si è inserita. Senza dubbio, questa parte dell' atto notarile, del pari che tutto il resto, farà contro di me *la stessa fede* che contro del venditore; sarà del pari tanto vero verso di me, quanto verso il vostro venditore che la dichiarazione del dritto di veduta siasi da lui fatta; ma nel mentre tale enunciazione obbliga il vostro venditore (di tal che la servitù si eserciterebbe, se fosse possibile; vale a dire se il giardino che dicesi di doverla fosse suo, e voi potrete domandare dei danni-interessi o anche la risoluzione del contratto, in caso d' impossibilità), sarà poi per lo contrario completamente inefficace verso di me che sono un terzo.

Una enunciazione quale che sia sarà dunque oggidì senz' alcun effetto contro i terzi; un tempo non era così. Il Pothier ci dice (cap. 2, art. 4 in fine) che le antiche ordinanze, in quanto proibivano la pruova testimoniale pei casi in cui non vi fosse un principio di pruova per iscritto, furono riguardate come contrarie al dritto comune; che in seguito la giurisprudenza e gli autori eransi sforzati di restringerne il più possibile l' applicazione; e che perciò scorgevasi un principio di pruova per iscritto in ogni clausola, la quale dava una certa verosimiglianza al fatto allegato, anche quando essa clausola non emanasse nè da colui contro di cui impugnavasi, nè dal suo autore. Mentre combatte tale opinione, egli stesso cita, giusta il Vrevin, una decisione che avea così risoluto: ed oggi ancora le corti di appello e la corte suprema decidono che, per tutt' i casi anteriori al Codice civile, il principio di pruova per iscritto, appunto perchè altravolta non definito da alcuna leggo, esiste tanto in un atto emanato da un terzo che in quello nel quale il convenuto era parte. (1) Altravolta adunque, e sino alla promulgazione dell' art. 1347 cod. civ. le ennnciative di un atto, vuoi dirette, vuoi ind retto per rapporto al suo dispositivo, producevano contro i terzi l'effetto, che le enunciative indirette producono ancora tra le parti, cioè che autorizzano contro questo terzo l' impiego della pruova testimoniale per le allegazioni che, per massima, non avrebber potuto provarsi se non mercè uno scritto.

Così essendo, ed ogni enunciativa formando così, prima del Codice, un principio di pruova contro i terzi, quanto al merito stesso del dritto, *quoad jus effectum*, era sembrato naturalissimo, giusta l'idea che l'antichità di un atto deve renderlo meno sospetto e più efficace, di giungere a dire che le enunciative contenute in un titolo antico doveano avere lo stesso effetto di una disposizione anche contro un terzo: *in antiquis* (così il Dumoulin) *verba enunciativa plene probant... et in prejudicium tertii... etiamsi essent incidenter et propter aliud prolata.*

V. — Egli è certo che siffatta regola non ha più valore oggidì; e la contraria opinione del Toullier (VIII-164-166) e del Dalloz (sez. 1, art. 1, § 4, n. 11) è un errore combattuto dal principio stesso sul quale si appoggia. Il Toullier in fatti, ai cui sviluppi il Dalloz rinvia, prende per punto di partenza questa idea esattissima del Dumoulin, di cui ci dà la traduzione ed il testo: » l' antichità può aggiungere (talvolta) alla

(1) Rig. su. di arr. di Nimes, 8 mag. 1811; rig. 17 nov. 1819; Poitiers 24 dic. 1828; Rig. su di arr. di Metz, 16 ag. 1831 (Dev. 1831, 1, 403 e II, 87).

» pruova già esistente un certo grado, ma » non crea una pruova che punto non esi» ste; *non potest antiquitas inducere in totam* » *probationem quae nulla est, sed eam demum* » *quae aliqua est adjuvare.*» E soggiunge che » per una necessaria conseguenza di questo effetto l'antichità dà la consistenza d'una pruova alle semplici enunciative, anche contro i terzi ». E pur tuttavolta il Toullier stesso riconosce (IX-66 e 67) che, se le enunciative formavano altra volta un principio di pruova contro i terzi, oggidì più non ànno un tal effetto, chè l'art. 1347 dichiara non dare siffatto carattere se non allo scritto « emanato da colui contro del quale la domanda è formata, o da colui che egli rappresenta ».

Si può mai dedurre dalle due premesse una conclusione più falsa? « L'antichità può trasformare in pruova compiuta il principio di pruova, ma non può crear quella pruova che punto non esiste; or le enunciative formavano altravolta, ma più non formano oggidì, un principio di pruova contro i terzi, dunque la regola che l'enunciative fan pruova intiera contro i terzi, quando sono antiche (*plene probant et praejudicant*) esiste oggidì come altravolta! » Non può mettersi in dubbio tale sillogismo; è troppo chiaro che le premesse conducono per forza alla conclusione contraria... Il Toullier del resto trovasi ben presto costretto a riconoscere (n. 165) che la sua pretesa regola non può applicarsi pei dritti reali, per le servitù, ch'erano altra volta l'obbietto più frequente della sua applicazione; ma dice che conserva la sua forza in quanto concerne lo stato delle persone; (n. 166). Siffatta arbitraria distinzione basterebbe da sè sola a condannare il suo sistema...

Il vero dunque si è che le enunciative non acquisteranno, col decorrere del tempo, alcuna efficacia contro i terzi, per questa tra le altre ragioni, che ciò che è nullo e non avvenuto *ab initio* è sempre nullo. Ma è mestieri procedere più oltre, e sebbene in faccia alle parti l'enunciative estranee al dispositivo formano anche oggidì un principio di pruova per iscritto, bisogna dire che, anche per le parti, queste enunciative non giungeranno per la loro antichità ad aver l'effetto di una disposizione. Se il nostro legislatore intendeva dare alle enunciative antiche tutt'altro effetto che alle nuove, lo avrebbe spiegato; si sarebbe dato la pena di dirci, come fa nell'art. 1335 per le copie, dopo il lasso di alcun tempo l'enunciativa sarà reputata antica, facendo cessare su tal punto la divergenza dei nostri vecchi autori, che esigevano, taluni, trent'anni, altri quaranta, altri cinquanta, altri settanta, e taluni anche cento anni (Toullier n. 167), e dal momento in cui la legge forma una regola assoluta per tutte l'enunciative, niuno può fare quelle distinzioni che la legge punto non fa.

Inoltre il Bonnier à respinto, come noi, l'erronea dottrina del Toullier (n. 391) Quanto al Duranton, ei dice soltanto, che le enunciative antiche non potrebbero più aver effetto quanto alle servitù (XIII-98) il che riconosce lo stesso Toullier; senza parlar del punto di sapere, se la regola *in antiquis* sussista ancora in principio, come a torto pretende il Toullier.

Un altro punto di cui neppur parla il Duranton, e sul quale il Toullier è parimenti caduto in errore, o piuttosto in due errori marcati dal Bonnier, trovasi trattato dal dotto professore di Rennes insieme al precedente. Altravolta dicevasi che negli atti antichi le formalità richieste si presumevano adempite sino alla pruova contraria: *in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta.* Questo vecchio aforismo, cui il Pothier s'era ben guardato di riprodurre, non è che una frase vuota di senso, chè delle due l'una: — o la nullità per manco di forma emerge dall'atto stesso (per esempio se trattasi di una menzione richiesta a pena di nullità e non fatta), ed allora non potrà quistionarsi di presumere l'adempimento delle formalità; poichè l'inadempimento n'è patente; e quindi era ben chiaro la massima non essere applicabile ad un tal caso; — o niun difetto di forma appariva, e per tal caso la massima voleva dire che, *se l'atto è antico*, la regolarità dell'atto deve presumersi ed aver effetto, sino a che non ne sarà provata l'irregolarità: ma non è egli aperto essere assolutamente lo stesso *allorchè l'atto è nuovo?*. . . Quando l'atto è stato fatto la scorsa settimana, ed io lo pretendo nullo per qualche vizio di forma che non si vede, non è egli chiaro spettarsi a me di giustificare la mia allegazione? La regola di dritto o di ragione, che una nullità non si presume, che chi allega una violazione della legge deve stabilirla, e che l'atto deve riguardarsi come in regola sino alla pruova contraria, è dunque indipendente dall'antichità dell'atto.

Il Toullier non pertanto (n. 163) prende sul serio questo preteso privilegio dell'antichità dell'atto; presenta come tuttora vigente e come massima sotto il Codice civile il ridicolo aforismo che il Pothier avea posto da banda; ed aggiungendo a ciò un grave errore ne dice, che siffatto principio non avrà applicazione, visto che l'azione di nullità sarebbe oggi prescritta con dieci anni e

pria che lo scritto fosse per conseguenza divenuto antico, quasi che la prescrizione di dieci anni avesse relazione con tal caso! L'art. 1304 si occupa della nullità o meglio dell'annullamento *delle convenzioni* per vizii di consenso (errore, violenza, dolo, incapacità) e nulla affatto della nullità degli *scritti*, degli *instrumenta*.

1321 [1275]. Le controdichiarazioni in iscritto non possono avere effetto che fra le parti contraenti, e non contro terze persone.

SOMMARIO

I. Significato della parola *contro-scrittura* nel nostro articolo.
II. La contro-scrittura non nuoce ai terzi. *Terzi* qui significa aventi causa delle parti a titolo particolare. Per essi, la finzione contestata dall'atto ostensibile trionfa sulla verità provata dall'atto segreto.
III. Deve a più forte ragione trionfare sulla verità che non fosse provata che da circostanze di fatto e dalla corrispondenza delle parti. Critica di un recente arresto della Corte di Cassazione.
IV. Ma la controscrittura à tutto il suo effetto a pro dei terzi.
V. Il nostro articolo abroga l'art. 40 della legge del 22 frimaio, anno VII.

I. — S'intende in generale per *controscrittura* (scritto redatto contro un altro scritto) qualunque atto che venga a modificarne un altro. Nella sua accezione più estesa tale parola trovasi impiegata negli articoli 1396 e 1397. Ma qui essa è presa in un significato più ristretto, e denota un atto destinato a restar *segreto*, il quale modifica la disposizione di un atto *ostensibile*: di tal che le parti si stabiliscono così due posizioni, l'una vera, ma che sol da esse sarà conosciuta, l'altra falsa ed apparente, ma che i terzi crederanno esser la vera.

Il più delle volte l'atto ostensibile è un atto notarile e la controscrittura una scrittura privata; ed il più sovente ancora, i due scritti saran distesi nell'istesso tempo. Ma ben si comprende essere indifferenti tali circostanze, e quand'anche il secondo fosse notarile come il primo, fatto più o men lungo tempo dopo, o che il primo atto sia fatto sotto scrittura privata, il secondo atto non costituirebbe meno una controscrittura, sottoposta alla regola del nostro articolo, dal momento che si venisse a riconoscere in fatto che le parti lo àn redatto nello scopo di formarsi una posizione segreta la quale dovea mascherare una posizione diversa, risultante dall'atto ostensibile.

A fronte di queste due posizioni contrarie, l'una vera, ma ignota, l'altra falsa, ma la sola conosciuta, la legge dovea dichiarare ed in effetti dichiara, che le conseguenze dell'atto ostensibile potran sempre invocarsi dai terzi; come se la controscrittura non esistesse, e senza che mai possa loro opporsi siffatta controscrittura, la quale produrrà il suo effetto tra le parti, sempre che dei terzi non vi saranno interessati.

II. — E ben inteso, bisogna qui dare al vocabolo *terzi* un altro significato che quello degli articoli 1165, 1319 e 1320, in cui è detto che gli atti non possono far pruova (*praejudicare*) cioè avere il loro effetto, contro i terzi. Là non trattasi di coloro che sono estranei totalmente all'atto ed alle parti, che punto non trovansi essere aventi-causa di esse.

Qui al contrario precisamente per gli aventi causa è fermata la nostra regola, son precisamente questi aventi causa che van designati col nome di terzi; chè essi soltanto àn bisogno di essere protetti contro gli effetti delle controscritture; essi soltanto soffrirebbero un danno, se la controscrittura avesse il valore degli atti ordinarii; in quanto ai terzi *penitus extranei*, non poteva per essi esser quistione di una regola dichiarante senza effetto le controscritture, poichè per essi tutti questi atti sono indistintamente senza effetto.

Trattasi dunque degli aventi causa. Così, quando lo ho comprato la casa di Paolo, riconoscendo, con atto segreto tra Paolo e me, che la vendita era puramente fittizia, quest'ultima dichiarazione non potrà avere alcun effetto contro i miei aventi causa; e se, trattando slealmente riguardo a Paolo, vendessi, ipotecassi, gravassi di servitù, o soltanto donassi o legassi la casa che in apparenza è mia, colui che avesse così acquistato da me, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, la proprietà, uno smembramento di proprietà, o una ipoteca, conserverebbe, non ostante la controscrittura, in quanto a lui non avvenuta, il diritto da lui acquisito, come se fosse stato vero il mio acquisto della casa. E non soltanto i terzi acquirenti, coloro che ànno ottenuto da me un diritto reale sull'oggetto da me in apparenza acquistato, possono respingere l'effetto della controscrittura, ma anche i miei semplici creditori chirografarii, in una parola, qualunque terzo, vale a dire tutti i miei aventi causa, tutti questi creditori sarebbero ingannati al pari degli acquirenti; ciò avverrebbe perchè essi àn contato su beni che erano miei in apparenza, che questi creditori sono divenuti o restati tali, che essi mi ànno prestato il loro denaro, o non hanno fatto diligenza per farmelo rendere, la vendita fittizia essendo loro

sembrata seria come agli altri, e la controscrittura essendo stata ad essi celata come agli altri, la legge non doveva distinguere e doveva mettere i terzi sulla stessa linea come ha fatto.

Ma da altra banda, egli è aperto, che fra' terzi non puossi comprendere gli aventi causa a titolo universale, i successori generali della persona, coloro che trovansi tenuti di tutti i suoi debiti, e sottoposti a tutte le sue obbligazioni, vuoi al di là del montare dei beni, cioè gli eredi, vuoi fino alla concorrenza di questi beni, cioè i successori irregolari ed i legatarii o donatarii universali, o a titolo universale.

Tutti questi aventi causa a titolo universale, lungi dal profittare dell' atto ostensibile senza tener conto della controscrittura, troverebbonsi al contrario, succedendo alle obbligazioni del loro autore, tenuti, come lo sarebbe stato egli stesso, dei danni-interessi, ai quali darebbe luogo l' infrazione della controscrittura a prò dell' altra parte. — Non occorre dire che un mandante sarebbe tenuto del pari a rispettare la controscrittura da lui sottoscritta pel suo mandatario, e non potrebbe (tranne il caso di frode) pretendersi *terzo;* chè il mandatario non è se non l' istrumento, il braccio del mandante, e mediante il suo mandatario il mandante è stato *parte* nella controscrittura come nell' atto ostensibile. Non si comprende come un tribunale (quello di Bordeaux 21 giu. 1825) in una specie in cui niuna frode articolavasi contro i mandatarii, i quali aveano ricevuto missione di transigere col debitore del mandante, abbiano potuto condannare essi mandatarii a pagare al mandante una somma di 65,000 fr. indicata da loro ricevuta nell' atto ostensibile, allorchè la controscrittura stabiliva che l' accordo avea avuto luogo sol per 40,000 fr. Laonde la Corte di Bordeaux riformò questa incredibile decisione, dicendo che il mandante non avendo articolato alcun fatto di dolo o frode, non poteva prevalersi dell'atto ostensibile rigettando la controscrittura, in cui egli non era terzo, ma invece parte, mercè i suoi mandatari, i quali aveanla sottoscritta nel suo interesse e per suo conto (25 luglio 1826).

Quindi in conchiusione i terzi qui sono, nè più nè meno, gli aventi causa a titolo particolare; è questo un punto riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Toullier (VIII-182) e Duranton (XIII-100) non si spiegano a tal riguardo. Purtuttavolta si scorge che quest' ultimo tiene la nostra opinione; chè dopo aver detto che le controscritture ànno non il loro effetto se non tra le parti contraenti, soggiunge che « sotto il nome di parti contraenti van compresi anche gli *eredi* di esse parti » il che esclude implicitamente, e fa rientrare sotto il nome di terzi tutti gli altri aventi causa. Vero è che la espressione di eredi è troppo ristretta; ma è probabile che il dotto professore con ciò intende tutt' i successori generali: eredi, successori irregolari, legatarii e donatarii a titolo universale. Il Bonnier (n.399,400) il quale non presenta pure come esclusi dalla classe di terzi che gli *eredi ed il mandante*, corregge questa inesattezza, dicendo nel corso della sua spiega che la parola *terzi* abbraccia *tutti gli aventi causa a titolo particolare.*

III.—Poichè nel concorso di due atti, l'uno ostensibile e constatante una falsa apparenza, l' altro segreto e contestante la verità, la finzione la vince sulla realtà rispetto ai terzi indotti in errore, è chiaro che debba esser così *a fortiori*, quando la realtà, mascherata da un atto ostensibile, emergerà non *più* da un atto espresso e formale, tenuto segreto, ma dalla semplice corrispondenza delle parti. Non potrem dunque ristarci dal notare come profondamente contrario alla regola del nostro articolo un arresto di rigetto dell' 11 mag.1846, col quale la camera dei ricorsi ha sostenuto, ad onta delle nostre difese, una decisione della corte di Rennes, la quale aveva rifiutato a taluni creditori la messa in istato di fallimento della loro debitrice costituita pubblica mercantessa da atti ostensibili, autentici ed eseguiti pubblicamente da parecchi anni, fondandosi su quanto risultava da taluni fatti e specialmente dalla corrispondenza confidenziale della moglie con suo marito che, in realtà, il negoziato fosse suo e non della moglie, che n'era il semplice prestanome. (V. *Gazz. dei trib.* del 12 mag. 1846).

La corte di Rennes riconosceva che la moglie trovavasi in commercio in virtù di autorizzazione autentica del marito, che la circolare era in suo nome, che gli atti commerciali eran fatti da lei; ch'ella aveva sofferto azioni e condanne commerciali, e che quando taluni atto fu fatto dal marito, lo era stato in forza di procura autentica della moglie, della quale egli compariva mandatario, inoltre essa dichiarava che tutto ciò altro non era stato se non una finzione, una menzogna, rilevate dalle lettere del marito; e conchiudeva che la moglie non essendo *realmente* pubblica mercantessa, non poteva esser posta in istato di fallimento dai creditori... Egli era, come

(1) Cass. di un arresto di Grenoble, 23 feb. 1835; Parigi 29 ap. 1837; Lione 21 giugno 1837; Dev. 1835, 1, 361; 1837, II, 245 e 414.

si scorge, un far predominare a fronte dei terzi una realtà tenuta celata, e risultante soltanto da lettere segrete, su di una fallace apparenza autenticamente pubblicata, or il nostro articolo vuole che rispetto a' terzi, la realtà sia senza effetto e lasci il suo corso alle semplici apparenze, anche allora quando la prima è constatata e queste ultime smentite da un atto espresso e regolare, dacchè quest'atto si è tenuto celato e coverto sotto l'atto ostensibile.

Egli è evidente che la pruova per corrispondenza intima delle parti non può avere maggior forza contro i terzi che la pruova per atto formale; se fosse altrimenti, e se una simile decisione potesse formar giurisprudenza, la frode sarebbe ormai; a suo bell'agio bastevrebbe alle parti che vorrebbero un giorno far prevalere contro terzi la verità da essi celata sulla finzione di un atto ostensibile, di non fare controscrittura, e sostituirvi lettere missive spieganti i loro veri rapporti. Con tal mezzo io venderei fittiziamente la mia casa a Pietro; i terzi presterebbero con ipoteca al proprietario apparente; poi lo farei sparire queste ipoteche provando, mercè la nostra corrispondenza, e con altri mezzi diversi da una controscrittura, che la vendita non era se non una finzione e ch' io son rimasto proprietario!... Evidentemente lo arresto del dì 11 maggio 1816 è erroneo, e noi dicevamo il vero sostenendo ch' eravi luogo a cassare la decisione della corte di Rennes.

IV. — Inoltre, non bisognerebbe credere che rispetto ai terzi, i quali qui sono aventi causa delle parti, la controscrittura sia pienamente non avvenuta.

Essa non è inefficace verso di loro, se non in quanto dovesse loro arrecare nocumento, è ben ci dice la ragione che, quando essa deve lor recare vantaggio, questi aventi causa possono benissimo invocarla... Così quando un atto dichiara, che Pietro ha venduto la sua casa a Paolo mediante 100,000 fr. ed una controscrittura stabilisce che il vero prezzo è 125,000 fr., egli è patente che non solamente Pietro o i suoi successori a titolo universale, ma eziandio i suoi creditori, i quali venissero ad esercitarne i dritti per essere pagati dei loro crediti, potranno esigere da Paolo la somma di 125,000 fr.; come aventi causa di Pietro hanno gli stessi suoi dritti; e se una controscrittura che nuocerebbe al loro debitore, non può lor nuocere; egli è ben chiaro che quella che gli arreca vantaggio, ne arreca ad essi eziandio.

Ben altrimenti sarebbe, già si comprende, se non più contro Paolo o i suoi successori a titolo universale i creditori di Pietro venissero a reclamare lo effetto della controscrittura, ma contro i creditori o i terzi acquirenti di costui. Siccome Pietro o Paolo cadono entrambi in decozione e la quistione verte tra i creditori dell'uno e quei dell'altro, egli è chiaro che i creditori di Pietro non potranno aver azione che per 100,000 fr. e non per 125,000; poichè in tal posizione i successori stessi a titolo universale di Pietro, e Pietro stesso non potrebbero dimandare che questi 100,000 fr. Un tal risultato avverrebbe allora, non già perchè la controscrittura fosse senza effetto *a pro* de' creditori di Pietro, (chè, ripetiamolo, la controscrittura produce effetto egualmente a pro dei creditori che a pro delle parti stesse), ma dacchè essa è senza effetto *contro* i creditori di Paolo.

V. — Abbiam supposto che una controscrittura, la quale aumenta il prezzo di vendita indicato nell'atto ostensibile produca lo stesso effetto di qualunque altro. Così è giusta il nostro articolo, il quale mette nella stessa linea tutte le controscritture indistintamente; ma era tutt'altrimenti pria della promulgazione del Codice, giusta la legge del 22 frimaio anno VII.

L'art. 40 di tale legge, sottomettendo, con un secondo paragrafo ad una ammenda tripla della somma dovuta per dritto di registro, il caso di una controscrittura portante aumento di un prezzo di vendita, promulgava inoltre col suddetto § 1°. la nullità intera ed assoluta di tale controscrittura. Ma, checchè ne abbia detto il Merlin (Quest. v°. *Controscritt.* § 3), egli è certo che siffatta disposizione esorbitante e contro equità è stata abrogata dal nostro articolo. La discussione nel Consiglio di Stato non lascia alcun dubbio a tal riguardo.

Il Direttor generale del registro Duchatel, ben comprendendo che la quistione di validità o nullità di un atto appartiene al dritto civile non alle leggi fiscali, le quali regolarmente non debbono procedere che per via di ammende e che per conseguenza la regola generale ch' era per istabilirsi nel Codice, reagirebbe sulla disposizione dell'art. 40 della legge di frimaio, il Duchatel domandò che le controscritture, *fatte sempre in frode del tesoro pubblico*, fossero *proscritte in modo assoluto*. Ma la sua proposta non fu accolta dall'intero Consiglio. Bigot-Preameneu, Berlier, Cambacèrès, Tronchet et Defermon risposero non doversi annullare le controscritture se non quando sono fraudolente; che in un gran numero di contratti sarebbe ingiusto rigettare delle modifiche contenute in una controscrittura; *che debbesi punire con ammende e non già con la pena di nullità la frode verso il tesoro pubblico*, che in niun caso può il legislatore mettere la sua volontà in luo-

go di quella della parte, aumentando o diminuendo le obbligazioni da esse imposlesi; che *la disposizione esistente sull'uso delle controscritture non sembra giusta; che questi atti debbono avere tutto il loro effetto tra le parti, ed esser nulli soltanto contro i terzi*; che l'interesse stesso del fisco sarà meglio assicurato mercè *l'ammenda inflitta alle parti per non aver registrato*, (Fenet, XIII, p. 112-113).

Laonde la sezione di legislazione, sul rinvio fattole della proposta di Duchatel, non ne tenne alcun conto, e mantenne integra ed assoluta la regola della validità delle controscritture tra le par .

L'intenzione dei redattori a tal riguardo si è dunque chiaramente manifestata; l'abrogazione della prima parte dell'art. 40 della legge di frimaio sarebbe incontestabile, anche quando la legge del 30 ventoso anno VII non fosse venuta a dichiarare abrogate tutte le leggi anteriori relative a materie formanti l'obbietto del Codice civile, e la frode ai dritti del fisco non è oggidì punita che con l'ammenda del triplo, pronunziata dalla seconda parte dell'articolo, la quale a dir vero è ben sufficiente (1).

N. B. Si comprende agevolmente da quanto si è detto, nulla esservi di comune tra le *controscritture* e le riserve che tal volta fannosi in un atto a pro di un terzo, specialmente le *dichiarazioni di persona a nominare* (*command*). Esse consistono in una dichiarazione del compratore, il quale avverte di comprare per persona che ulteriormente designerà la quale lo à incaricato, o per la quale egli stesso s'incarica di comprare il fondo. Egli è aperto non esservi in ciò alcuna modificazione segreta di un atto ostensibile, e non si comprende perchè il Toullier rannodi alla materia delle controscritture lunghe spiegazioni sulla dichiarazione di *command*, (n. 169-181).

§ 2.

Dell'atto sotto privata scrittura e degli scritti privati non sottoscritti.

Il codice pone questo secondo § sotto la rubrica *Dell'atto sotto privata scrittura*; ma tale rubrica rattrovasi troppo stretta; gli atti stipulati sotto privata scrittura, vale a dire mercè la sottoscrizione di persone private (per opposizione agli atti autentici che si rilasciano firmati da persona pubblica, e che sono quindi atti sotto scrittura pubblica), non sono i soli di cui si occupa questo §; chè dopo aver parlato agli art. **1322-1328** degli scritti portanti la privata sottoscrizione delle parti, parla negli art. **1329-1332** degli scritti che producono un qualche effetto, tutto che privi di sottoscrizione. Era dunque mestieri intitolare questo § *Degli scritti privati*, per opposizione al precedente *Degli scritti pubblici*.

Tratteremo successivamente, e secondo l'ordine degli articoli, **1.** degli atti sotto privata scrittura; **2.** degli scritti validi senza sottoscrizione.

1.° Degli atti sotto privata scrittura.

1322 [1276]. **La scrittura privata, riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi ed aventi causa.**

1. — L'atto sotto privata scrittura (*sous seing privè*) che nella pratica sovente altri si contentano di chiamare *acte sous seing* (il che è inesatto, perchè l'atto notarile è anche sotto scrittura) fa la stessa fede dell'atto autentico, vale a dire produce lo stesso effetto, *eodem modo praejudicat*, (art. 1319, n. II) quando si riconosce o reputasi riconosciuto da colui al quale lo si oppone.

Diciamo dunque che sotto questa condizione, alla quale si rapportano i due articoli seguenti, ha lo stesso effetto, *idem praejudicium* dell'atto autentico, vale a dire che ingenera dei diritti o delle obbligazioni fra le parti, loro eredi ed aventi causa, come farebbe un atto pubblico. Quindi il nostro articolo, oltre di dichiarare formalmente, che l'atto privato è *lo stesso* dell'atto autentico (il che già basterebbe a far comprendere che applicasi alle stesse persone) ci dice per altro, negli stessi precisi termini dell'art. **1319**, che un tal effetto ha luogo tra le parti, loro *eredi ed aventi causa*.

A torto dunque il Duranton (XIII-135 e 136) ed il Ducaurroy (*Temi, III*, p.46) insegnano, per rilevare un errore del Toullier, di cui parleremo all'art. 1328, che il nostro articolo non intende per *aventi causa* che gli eredi imperfetti, e i donatarii o legatari universali, o a titolo universale, ad esclusione dei compratori, dei permutanti, donatarii, o legatari particolari, ecc... Il nostro articolo evidentemente abbraccia, al pari dell'art. **1319**,

(1) Toullier (VIII 186), Favard, Rep. v. Controscrittura) Duranton (XIII 103) Dalloz (§ 5, n. 3) Bonnier (n. 403); Rig, 10 genn. 1819; Digiune, 9 lug. 1828; Aix, 21 febb. 1832 (Dev. 32, 2, 263).

gli aventi causa a titolo particolare con quelli a titolo universale. Con un' altra idea era dunque mestieri, come vedremo all'art. 1328, combattere il Toullier e risolvere la difficoltà che offre il confronto di detto articolo col nostro.

II. — E se tra le parti, loro eredi ed aventi causa, l'atto privato legalmente riconosciuto, produce lo stesso effetto di un atto autentico (*idem praejudicium quoad ius et effectum*) ha altresì rispetto al terzo la stessa fede (*quoad probationem seu veritatem*) tranne quando concerne la data, per la quale è fermata dall'art. 1328 una regola speciale.

Del resto se l'atto privato, una volta legalmente riconosciuto, ha la stessa fede (salvo per la data) e produce lo stesso effetto dell'atto stesso autentico, egli è aperto non poter avere maggiore energia di esso, e poter essere impugnato come quello mercè la inscrizione in falso (art. 214 Cod. proc., Duranton XIII-125 e seg.).

1323 [1277]. **Quegli contro cui si produce un atto privato, è tenuto di formalmente riconoscere o negare la propria scrittura o la propria firma.**

I suoi eredi o aventi causa possono anche soltanto dichiarare che non conoscono la scrittura o la sottoscrizione del loro autore.

1324 [1278]. **Quando la parte neghi la propria scrittura o firma, e quando o i suoi eredi o gli aventi causa da essi dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.**

I. — L' atto sotto firma privata non ha il suo valore se non quando si riconosce emanar da colui al quale si attribuisce.

Quando colui al quale l'atto viene opposto, ne è egli stesso il preteso autore, non può sospenderne l'effetto se non dichiarando nettamente, che la scrittura o la firma non son suo; quando trattasi sol di un erede o di altro avente causa, gli basta perciò il dire che egli ignora se la firma o il carattere sieno del suo autore. La legge ben ammette che i miei successori ignorino se il tale atto emanò o pur no da me: ma non ammette che possa essere io stesso in tale ignoranza. — Parlasi della sottoscrizione *o del carattere*, tutto che sembri che i nostri articoli non riguardino che gli atti sotto forma privata: avvi de' casi, anche per gli atti sotto-scrittura, in cui, pur riconoscendo la sottoscrizione, si potrebbe ancora arrestare l'effetto dell'atto sconoscendone il carattere (se trattasi dello stesso sottoscrittore) o dichiarando di non conoscerla (se trattasi soltanto del suo successore). Questi sono i casi dell'art. 1326, il quale richiede per la validità dello scritto, che l' atto, ove non sia tutto di proprio pugno di chi l' à sottoscritto, presenti almeno un *bono* o *approvato*, portante a tutte lettere la somma o la quantità scritta di suo pugno.

Del resto egli è evidente, che quanto dicono i nostri articoli per gli atti sotto forma privata, debba del pari, almeno per analogia, applicarsi per la scrittura a quelli che non àn bisogno di sottoscrizione.

II. — Non è affatto necessario che colui il quale vuole servirsi di un atto privato, citi previamente il suo avversario pel riconoscimento del carattere, e non v'è neppur bisogno di conchiudere simultaneamente nella sua citazione al riconoscimento, o alla verifica in caso di non riconoscimento, e quindi all' esecuzione dopo il riconoscimento o la verifica. Altra volta ciò era indispensabile in materia civile; lo richiedeva del pari un editto del 1681, applicato poscia agli affari commerciali da una dichiarazione del 15 maggio 1703 (1); ma niuna regola di tal fatta essendo oggidì imposta, nè dal Codice civile, nè da quello di Procedura, l' attore il quale può certamente, se lo stimi opportuno, citare in pria pel riconoscimento o per la verifica, può benissimo eziandio citare direttamente per l' esecuzione dell' atto, salvo al convenuto di rispondere alla sua domanda con un disconoscimento. Il Duranton il quale avea sulle prime insegnato la dottrina opposto nel suo *trattato dei Contratti* (IV, 1232) si è ritrattato da un tale errore nel suo *Corso di Dritto* (XIII-114) ed in un articolo inserito nel Rep. di Favard, v.° *atto privato*.

Allorchè il convenuto, citato *de plano* per l' esecuzione dell' atto, risponde con una difesa in merito, egli è aperto che con ciò stesso riconosce l' atto.

Allorquando, sia su di una domanda di merito, sia su di una domanda di riconoscimento, egli nega lo scritto o la sottoscrizione (o dichiara di non conoscerli, trattandosi di un erede o altro avente causa) allora evvi luogo ad una verifica, le cui regole son tracciate dalle leggi di procedura (C. di pr. art. 193-213; legge del 13 sett. 1807); se dal risultato di siffatta verifica, il tribunale dichiara che lo scritto o la sottoscrizione ben sono di colui al quale si attribuiscono, l' atto trovasi così riconosciuto.

(1) Vedi il Codice Tripier, all'art. 193 del Codice di Procedura.

è riconosciuto in giudizio, invece di esserlo dal convenuto. Questo caso e l' altro in cui facciansi difese in merito senza elevare il disconoscimento, son quelli ai quali fa allusione l' art. 1322, quando parla di atti legalmente tenuti per riconosciuti.

1325 (1279). Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, non sono valide quando non siano state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

Basta un solo originale per tutte le persone che hanno uno stesso interesse.

In ciascun originale deve farsi menzione del numero degli originali che si sono fatti.

Ciò non ostante, la mancanza della menzione che gli originali siano stati fatti in duplo, in triplo ec., non può essere opposta a colui che ha eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.

SOMMARIO

I. Regola falsa ed immorale introdotta dal Parlamento di Parigi. Il nostro articolo si è astenuto dal riprodurla, applicando alla pruova quanto deducevasi della convenzione stessa. Grave errore di un arresto di Parigi.

II. È sufficiente che la convenzione, di cui l' atto non menziona i doppi, o che non si è fatta in doppio, sia provata in altro modo, o volontariamente eseguita. L' atto non in doppio è un principio di pruova per iscritto. Rinvio.

III. Senso delle parole « che ha eseguito *per parte sua* »; e « aventi *lo stesso interesse* ».

IV. La formalità dei doppii non è imposta che pei contratti sinallammatici. Non l' è dunque per una promessa unilaterale di vendere o di comprare (grosso errore del Merlin e delle corti di Angers e di Lione). Non l' è neppure allorchè una dell' obbligazioni reciproche sia eseguita al momento della redazione.

I. — Non prima del 1736 per una strana violazione dei principii più elementari del dritto, si stabiliva nella nostra antica giurisprudenza la regola, che il nostro articolo il quale avrebbe fatto meglio di respingere compiutamente, ha non pertanto riprodotta con molte modifiche.

Confondendo la validità di una convenzione con la validità dello scritto destinato a farne la pruova, il Parlamento di Parigi con diversi arresti, di cui il primo in data del 30 agosto 1736, decise che ogni convenzione la quale ingenera reciproci obblighi è completamente nulla, se non venga constatata da uno scritto redatto in tanti originali per quante vi à parti aventi un interesse opposto, e di cui ciascuna porti la menzione del numero di tali originali. Così, anche quando ciascuna delle due parti avendo formato un contratto sinallammatico avesse formalmente confessato la realtà della convenzione, e che tale convenzione fosse stata già volontariamente eseguita da una di esse, la circostanza che lo scritto non si fosse fatto in doppio, o anche che redigendone due copie presentate in giudizio, le parti non avessero curato di scriverne la menzione su ciascuna, la convenzione era dichiarata nulla, e l' impudente mala fede di colui che domandava sottrarsi alla sua promessa sotto un simile pretesto, sarebbe riuscita vittoriosa.

Il nostro Codice non à riprodotto siffatta regola, altrettanto assurda quanto immorale; esso dichiara inefficace, per manco del doppio o della menzione di tali doppii, non già il contratto, ma soltanto lo scritto che deve farne pruova. « *Gli atti* contenenti convenzioni sinallammatiche, esso dice, *non sono validi* che in quanto...; ed applicando egli stesso ad uno dei casi presentatisi innanzi al Parlamento di Parigi, a quello del manco di menzione dei doppii, siffatta regola di nullità *della pruova*, (salvo validità della convenzione, se trovasi giustificata altrimenti), dichiara col suo ultimo comma che l' esecuzione, fatta da una delle parti, renderebbe insignificante un tal vizio di forma, e non permetterebbe d' impugnarlo.

Dopo di ciò, non deve recar poca meraviglia che la corte di Parigi (decisione del 27 nov. 1811) abbia potuto dichiarare che l' art. 1325 viene *a consacrare gli antichi principii* ! » Egli è ben lungi, dice a ragione il Repertorio del Merlin, che questo articolo sia caduto in sì strana aberrazione, e mentre che la più moderna giurisprudenza del parlamento di Parigi spingeva l' obblio delle nozioni più elementari del dritto fino ad annullare una convenzione sinallammatica, sol perchè non ne risiedeva la prova in un atto fatto in doppio, l' art. 1325 si limita a dichiarare, che un simile atto non è valido all' effetto di costatare siffatta convenzione, la quale può del resto provarsi in tutt' altro modo, (v.° *doppia scrittura*, n. 8) ».

II. — Il manco della menzione dei doppii, o della redazione stessa di tali doppii non è dunque più oggidì che una quistione di pruova, fuor della quale la convenzione sarà sempre valida, se si trovi provata altrimenti.

Così quando la parte contro di cui si domanda l' esecuzione fondasi per ricusarla sul perchè non siasi fatta menzione dei doppii, o che non siansi fatti tali doppii, o che non siasi anche redatto scritto veruno, ma riconoscendo per altro che la convenzione si è formata, tale convenzioni così stabilita

per confessione stessa della parte, produrrà pienamente l'effetto che altra volta le si negava.

Che se questa parte neghi la convenzione stessa e pretenda essersi sottoposta la formazione del contratto alla redazione di un atto completamente regolare, di tal che, secondo essa, l'irregolarità dell'atto non à fatto ingenerare le obbligazioni, l'avversario potrà deferirle il giuramento (art. 1358 e segg.), e se, indietreggiando innanzi ad uno spergiuro, la parte che avea sulle prime negato, confessi finalmente che la convenzione erasi fermata pria della redazione dello scritto, ed indipendentemente dallo scritto stesso, il contratto trovandosi pur con ciò stabilito avrà tutto il suo effetto.

Parimenti ancora se la convenzione, come prevede l'ultimo comma dell'articolo, trovisi provata dall'esecuzione stessa, non soltanto il manco *della menzione*, ma eziandio il manco dei *doppii* stessi, diverrà insignificante: se una tale decisione potesse sembrar dubbia a fronte del solo testo del nostro articolo, cesserebbe di esserlo in faccia all'art. 1338, il quale dichiara che l'esecuzione volontaria importa rinunzia a tutt'i mezzi ed eccezioni che potevansi opporre contro l'atto (1).

Il dubbio più non sarebbe possibile e la necessità di dar effetto alla convenzione sarebbe evidente se, come era accaduto in una specie giudicata dal Parlamento di Parigi, mancasse *la menzione* dei doppii, ma fossevi presentazione di questi doppii. La regola del nostro articolo più non presenta che una quistione di prova, la menzione dei doppii richiedesi sol per provare e per meglio assicurare l'esistenza stessa di questi doppii; or la presentazione effettiva dei doppii è al certo la miglior prova possibile della loro esistenza: è una pruova molto più forte della menzione stessa. *Conf.* Grenoble 8 apr. 1829.

Vedremo all'art. 1347, che in opposizione alla dottrina del Duranton, del Bonnier e di altri, l'atto non portante la menzione *fatto in doppio* potrebbe pure aversi come principio di pruova per iscritto della convenzione, che autorizza l'attore a provare con testimonii essersi daddovero formata la convenzione, e che permette a'giudici di risolvere su semplici presunzioni (art. 1353) o col mezzo del giuramento suppletorio (art. 1367).

III. — Prevedendo il caso di esecuzione volontaria, il nostro articolo parla di una esecuzione che l'una delle parti avesse fatta *dal canto suo*. Egli è possibile in fatti che una convenzione, tutto che sinallammatica, riceva un esecuzione da una delle parti, senza che l'altra per nulla vi concorra. Così quand'io vi ò venduta la mia casa per 40,000 fr., di cui dovevate pagare a me 35,000, e 5,000 ad un terzo in mio nome; per voi il fatto di aver pagato a questo terzo i 5,000 fr. costituisce *dal canto vostro* un'esecuzione, in cui io non ò avuto affatto parte; mentre che se si trattasse di un pagamento di una porzione del prezzo da me ricevuto, vi sarebbe esecuzione tanto dal mio canto quanto dal vostro. Allora quando non v'è stata esecuzione che dal canto di una delle parti, senza alcun concorso dell'altra, quella che à eseguito è la sola che non può più opporre il manco dei doppii.

A siffatta osservazione del testo ne aggiungiamo un'altra per le parole *aventi lo stesso interesse*.

L'articolo ne dice bastare un solo originale per le parti aventi uno stesso interesse, e che sol per ciascuna delle parti aventi un interesse distinto debba farsi un originale separato. Come ben si comprende, ciò non s'intende sol delle persone aventi un solo e medesimo interesse (p. es. una moglie che stipuli col concorso di suo marito intervenuto per autorizzarla), ma di tutte quelle persone aventi ciascuna un interesse simile, e che tutte insieme rappresentano rispetto all'avversario la parte che rappresentava una sola. Così allorquando tre condomini di una casa trattano con un appaltatore per la riparazione di essa, basteranno due originali, uno per l'appaltatore, l'altro pei tre condomini: tutto che costoro in diffinitiva abbiano interessi distinti, non perlanto tutti e tre rispetto all'appaltatore rappresentano la parte di un unico proprietario della casa. Che se si trattasse al contrario di far entrare i tre condomini alla divisione di un bene comune, ciascuno sarebbe l'avversario degli altri, e l'atto dovrebbe farsi in tre originali. — Gli è evidente inoltre che, nel caso di più persone aventi interessi che non ne formano se non un solo rispetto alla parte avversa, l'originale che questa parte riceve in cambio di quello che dà ai diversi cointeressati, dovrebbe essere sottoscritto da tutti i cointeressati. Altrimenti le scritture non istabilirebbero se non il progetto di una convenzione che nulla proverebbe essersi conchiusa, siccome l'abbiamo spiegato al n. III dell'art. 1318 confutando un grosso errore del Duranton e del Toullier.

Scorgesi che la regola da noi spiegata sareb-

(1) Toullier (VIII-153); Delvincourt (t. II), Solon (n. 89); Duranton (XIII, 161); Dalloz (art. 2, § 2, n. 5); Bonnier (n. 562); Rig., 13 febb. 1812; Cassaz. 15 febb. 1814.

be meglio formolata, dicendo che bisognano tanti originali per quante vi à parti *nella convenzione* aventi interessi *opposti*.

IV. — Vediamo ora a quali contratti si applica la regola della necessità dei doppii.

Il nostro articolo non la impone che per le convenzioni sinallammatiche, e per conseguenza la non si può richiedere per niun contratto unilaterale, neppur per quelli che possono ingenerare *ex post-facto* delle obbligazioni reciproche contro la parte che era in pria obbligata sol per le altre. Vero è che questo contratto (il deposito, il commodato, ec.) sono spesso chiamati *sinallammatici imperfetti*, ma non sono in difinitiva che una delle specie del contratto unilaterale; se possono presentare delle obbligazioni reciproche, non è che in seguito è per accidente; nulla ànno di sinallammatico, allorchè si formano, e non si può dire che l'atto redatto per contestarle contenga convenzioni sinallammatiche. Quindi si è stato sempre di accordo, e lo si è ancora per non applicar loro la regola dei doppii (1).

La regola non applicherebbesi neppure alla promessa unilaterale, vale a dire fatta da una sola parte, senza che l'altra si obbliga, di conchiudere ulteriormente un contratto sinallammatico. Così, quando io mi obbligo a consegnarvi la mia casa per 60,000 fr., se vi decidete a prenderla per tal prezzo in un termine di tre mesi, è ben evidente che non v'à luogo a fare un atto in doppio, e che quello ch' io vi ho sottoscritto è ben sufficiente, poichè voi *a nulla* vi obbligate verso di me. Che il parlamento di Parigi abbia potuto spingere l' obblio di tutti i principii sino a decidere il contrario (in un arresto riferito dal Denizart v.° *doppio*) si può comprendere dopo la strana aberrazione, nella quale il Merlin sì giustamente gli rimprovere di esser caduto: nell'errore, come nel vizio, il primo passo conduce agli altri. Ma non si comprende che, sotto il Codice civile, il Merlin stesso (*Rep. v. vendita*, p. 534-535) e dopo di lui le corti di Angers e di Lione (2) sien venute a dire, che ogni obbligazione di vendere così contratta unilateralmente trovasi colpita di nullità per l'art. 1589... Questo articolo dichiara, che la promessa di vendita *vale vendita*, quando siavi reciproco consenso, vale a dire contratto sinallammatico, pel quale le due parti si obblighino, l'una a vendere, l'altra a comprare. Ciò che il buon senso ne conchiude si è che quando, invece di due obbligazioni reciproche, evvi solamente obbligazione di vendere, la promessa di vendita *più non vale vendita*, e costituisce un semplice contratto unilaterale, il cui effetto si è necessariamente quello di tutti i contratti unilaterali. Il Merlin e le corti di Augers e di Lione non ànno così ragionato, e dal perchè la promessa di vendere costituisce una vendita, allorchè àvvi obbligazione reciproca, ne conchiudono che, allorquando non v'à che una sola obbligazione, *essa non val nulla*, e trovasi assolutamente nulla! La mente rimane davvero confusa, a fronte di una così mostruosa decisione, contraria come ben si vede alla dottrina di tutti gli autori antichi e moderni (3).

Il Troplong in ispecie à confutato energicamente questa incredibile dottrina, respinta dal più semplice lume di ragione; chè alla fine ogni convenzione legalmente formata non tien forse luogo di legge per coloro che l'anno fatta? (art. 1134). Or che v' à di contrario ai buoni costumi ed all' ordine pubblico in un contratto, col quale io mi obbligo, vuoi a vendervi la mia casa, vuoi a comprar la vostra, mercè il tale prezzo, se in un dato termine, voi vi decidiate a comprare o a vendere? Senza dubbio non fa d'uopo confondere la semplice pollicitazione o offerta che posso farvi, e che punto non mi lega, delle semplici trattative, con l'obbligazione che ò inteso assumere; ma dacchè ò ben riconosciuto che io mi sono obbligato, che non v'è stato un semplice discorso, ma contratto, per qual motivo, per qual pretesto verrebbesi a dichiarare non avvenuto il legame al quale mi sono sottoposto? Che il parlamento di Parigi dopo avere richiesto l'atto in doppio, non solo per la pruova, ma per la validità delle convenzioni sinallamatiche, abbia in seguito esteso questa bella dottrina fino a richiedere eziandio i doppii per la pruova per la validità di una promessa di vendita non può che recar meraviglia: quando ci spingiamo nell' assurdo, non v'à ragione per fermarci nel cammino: ma che si voglia riassicitare siffatta dottrina sotto il Codice che proscrive eziandio la prima, ecco quel che non si comprende (1).

Sicchè la redazione dei doppii, la quale

(1) Toullier (VIII-326), Delvincourt (t. II) Duranton (XIII-150); Dalloz (n. 6) Bonnier (n. 566) Zachariae (V, p. 618).

(2) Angers, 27 agosto 1829; Lione 27 giugno 1832. — *I. du P.* XXII, p. 1418; XXIV, p. 1212.

(3) Segnatamente Tiraquello (*de Ret. conv.* tit. fin.) Fachineo (conf. lib. 2, cap. 7); Boerio (decis. 183) Henrys (tit. 1. lib. 4, cap. 6, quist. 40) Bardet (t. 1, lib. 2, cap. 31) Pothier (*Vendita*, n. 477) Troplong (Vendita n. 114-116); Duranton (XIII 147); Duvergier, (*Vendita* 1, 121 e 122) Bonnier (n. 561).

(1) Il Troplong crede che il parlamento di Parigi non abbia mai ammesso l'eresia che qui

sembra indispensabile nella vendita propriamente detta ed eziandio nella promessa sinallammatica di vendere o di comprare, (cui l'art. 1589 dichiara equivalente ad una vendita) non sarà affatto necessaria nella promessa semplice ed unilaterale, vuoi di vendere, vuoi di comprare, poichè non è allora obbligazione che da un sol canto.

Non sarebbe neppur necessaria, anche in un contratto primitivamente sinallammatico, se l'una delle obbligazioni si eseguisse al momento, e che la constatazione di una sola obbligazione divenisse quindi l'oggetto dello scritto. Così quando io ho comprato mediante 1500 fr. che vi pago al momento, un cavallo che voi dovete consegnarmi più tardi, l'atto privato che redigiamo per constatare la vostra obbligazione di consegnarmi il cavallo, e servirmi in pari tempo di quietanza del mio prezzo, non ha bisogno di essere fatto in doppio, poichè non attesta obbligazioni reciproche. L'atto unico che mi date da voi sottoscritto è sufficiente allora, poichè attesta ad un tempo e la vostra obbligazione ed il mio pagamento del prezzo di vendita. Ma bisogna notare che, in questo caso, se l'obbligazione unica che trattasi di contestare avesse per oggetto una somma di danaro o una certa quantità di derrate o di mercanzie (se il compratore ricevendo l'oggetto della vendita si obbligasse a pagarne il prezzo: o se la cosa venduta che il venditore non consegna nel riceverne il prezzo fosse 50 ettolitri di grano, 600 k.° di rame ec.), l'atto sottoscritto dalla parte che resta debitrice dovrebbe, giusta l'art. seguente essere scritto per intero di pugno del debitore, o portare un *bono* indicante in tutte lettere la somma di danaro o la quantità della cosa.

1326 [1280]. La polizza o promessa per iscrittura privata con la quale un solo si obbliga verso di un altro a pagargli una somma di danaro o a dargli altra cosa valutabile, debb'essere scritta per intiero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che oltre la sua sottoscrizione abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa.

Si eccettua il caso in cui la polizza o promessa si rilasci da mercanti, artigiani, lavoratori, vignajuoli, giornalieri, e servitori.

1327 [1281]. Quando la somma espressa nel corpo dell'atto diversifichi da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto come pure il *buono*, fossero fatti per intiero di mano di quello che si è obbligato, eccetto che non si provasse ove precisamente sia incorso l'errore.

SOMMARIO

I. La legge per ovviare a numerosi pericoli, vuole che l'atto privato attestante l'obbligazione unilaterale di una certa somma o di una quantità di mercanzie, presenti l'indicazione di siffatta quantità a tutte lettere, di proprio pugno del debitore, almeno in un *bono* o *approvato* aggiunto al corpo dell'atto.

II. La regola si applica tutte le volte che siavi obbligazione di una parte, ancorchè essa rifletta più persone. Osservazioni.

III. La regola è relativa alla prova, non alla validità della convenzione; conseguenze. L'atto sarebbe un principio di pruova per iscritto. Rinvio.

IV. Displacevole eccezione che la natura stessa della cosa fa apportare alla regola. — Quando àvvi disaccordo fra il corpo dell'atto ed il bono sulla quantità, e che nulla indichi da qual lato sia l'errore, bisogna star sempre alla quantità minore.

I. — Nel nostro antico dritto si era già veduto il pericolo di ammettere come prova sufficiente d'una obbligazione la semplice firma del preteso debitore in fine della scrittura che esprime questa obbligazione.

Una persona ha potuto dare per fiducia un foglio in bianco, di cui si è abusato; la sua firma ha potuto essere messa sulla covertura di un pacco, e gettata per distrazione e senza scopo su d'un pezzo di carta, di ma-

combattiamo. Quest'idea sembra inesatta. Vero è che il parlamento aveva sulle prime consacrato i sani principii su tale punto con parecchi arresti dello scorso secolo; ma li abbandonò in seguito nell'arresto di cui parla il Denizart, e che annulla, per non essersi redatto in doppio, la promessa fatta dall'Arcivescovo di Reims di comprare l'Albergo Conti per 450, 000 fr.

Dobbiam qui far notare due errori di fatto già indicati negli autori citati nel testo. Il Duvergier presenta il Toullier (IX-91) come partigiano della dottrina che egli stesso respinge al par di noi. Or il Toullier nulla dice, che autorizzi ad imputargli siffatta dottrina, egli dice al contrario, che se colui che promette di vendere non trasferisce la proprietà *obbligasi a trasferirla* con un contratto posteriore (n. 91 in fine). Il Toullier riconosce dunque che il promittente è ligato.—L'altra inesattezza trovasi nel Bonnier, il quale imputa ad una decisione di Grenoble (23 maggio 1829) l'eresia di cui trattasi, mentre tale decisione, ritenuta in cassazione il 9 luglio 1834, decide, e con molta esattezza, una quistione differente e tutto che concernente pur la nostra (*I. du P.* t. XXVI. p. 725).

niera che un furfante abbia potuto scrivervi sopra qualche parola contenente la promessa d'un pagamento; si è potuto firmare uno scritto senza esaminarlo con bastante attenzione, e sottoscrivere così un obbligo, quando non si pensava obbligarsi, o un obbligo al di là di quello che si voleva assumere: infine un creditore potrebbe far segnare al debitore un atto indicante l'oggetto dovuto in cifre, che egli cambierebbe in seguito per far loro esprimere una somma o una quantità più forte; egli è ben facile p. es. di aggiungere un zero e di rendere così dieci volte maggiore il valore espresso.

Per ovviare a questi inconvenienti una dichiarazione del 22 settembre 1733 (1) statuì una regola analoga a quella che riproducono i nostri articoli, salvo ch'essa non si applicava che ai biglietti *motivati per valore in denaro*, mentre il Codice mette sulla stessa linea qualunque promessa di *cosa apprezzabile*, espressione bizzarra con la quale si è voluto significare le derrate o altre mercanzie vendibili a peso, a conto, o a misura, come indica la fine del primo comma parlando della *quantità della cosa*.

Così la promessa unilaterale di pagare una certa somma o una certa quantità di mercanzie, non è sufficientemente provata dall'atto che esibisce il creditore, che in quanto questo atto sia scritto per intero dal debitore o almeno rivestito d'un *bono* o approvato indicante in tutte lettere, e non in cifre, la quantità della somma o delle cose. — E, poichè la quantità dev'essere scritta in lettere e non indicata in cifre, nel *bono* che è necessario, quando il corpo dell'atto non è di proprio pugno del debitore, è uopo dire che, nel caso contrario, deve egualmente essere messo in tutte lettere nel corpo dell'atto: il cambiamento fraudolento di semplici cifre sarebbe pure così facile nel corpo dell'atto come nel bono; e proscrivendo formalmente queste cifre pel secondo caso, la legge indica bene, ch'essa intende proscriverle anche pel primo. Se il Codice ha avuto cura di esprimere la regola per il bono, senza farla per il corpo dell'atto, egli è che l'indicazione in lettere sembra doversi naturalmente impiegare quando il debitore si dà la pena di scrivere egli stesso l'atto intero, mentre che una indicazione abbreviata in cifre sarebbe stata spesso data da colui che si contenta d'approvare in poche parole uno scritto indicante già la quantità.

II. — La regola si applica a qualunque promessa unilaterale; sì a quella in cui molti debitori rappresentassero nella convenzione una sola parte obbligandosi senza reciprocità, come all'altra in cui l'obbligo non si assume che da una sola persona. Così quando Pietro e Paolo si obbligano solidalmente a pagare una somma di . . . a Giacomo, è uopo che l'atto se è scritto da un de' debitori sia approvato dall'altro, e che porti il bono di entrambi qualora scritto da un estraneo. I due condebitori non rappresentano allora nella convenzione che una parte sola; non v'ha obbligazione che da un sol lato, egli è perciò che nel caso di contratto sinallammatico un solo originale basterebbe per entrambi. In conclusione la nostra regola, come pur troppo lo indica il ravvicinamento degli articoli 1325 e 1326 applicasi a qualunque obbligazione (di danaro o di quantità) che un'obbligazione reciproca non venga a sottoporre alla formalità d'uno scritto in doppio (2).

Se la convenzione è sottratta alla nostra regola per ricadere in quella de' doppii, quando è sinallammatica, non è una ragione perchè, allora quando Tizio si obbliga unilateralmente a pagare una somma, i contraenti non sarebbero liberi di sostituire la redazione in doppio alla regola del nostro articolo, e la circostanza che l'atto fosse stato fatto in doppio, non impedirebbe, gli è evidente, che fossevi contravvenzione alla legge, ed insufficienza della pruova: le parti avrebbero adempito allora una formalità che non era richiesta, trascurando quella che era indispensabile (Toullier n. 307); altrimenti sarebbe e potrebbesi scegliere l'una o l'altra regola nell'ipotesi da noi preveduta all'art. 1325 n. IV ultimo comma, vale a dire quando trattasi di un contratto sinallammatico che si esegue immantinenti da una parte, di tal che più non rimane obbligazione che per l'altra: da un canto infatti è incontestabile che lo scritto più non ha a constatare che una obbligazione *unilaterale*; il che permette di abbandonare la regola dell'art. 1325 per seguire quella de' nostri articoli; da un altro canto egli è parimenti vero che l'atto fa menzione di un contratto *sinallammatico* redatto per la constatazione di esso il contratto, e se la circostanza che la obbligazione di una delle parti si esegue immantinente, e più non lascia sussistere che una sola obbligazione, *permette* alle parti di sostituire la regola de' nostri articoli alla prima, egli è aperto che non potrebbe *costringervele* e che per esse si è una semplice facoltà (Toullier n. 330).

III. — I nostri articoli come il precedente non essendo relativi che alla pruova della conven-

(1) Vedi il CODICE TRIPIER all'art. 1326.
(2) Toullier (VIII-300), Duranton (XIII 179), Bonnier (n. 550); Cass. 8 ag. 1815 e 6 magg. 1816.

zione, e per nulla alla sua validità, ne segue che nel caso di uno scritto, il quale non fosse segnato dal debitore, l'obbligazione resterebbe valida ed avrebbe tutto il suo effetto, se fosse altrimenti provato, vuoi per ispontanea confessione del debitore, vuoi pel giuramento deferitogli; e vedremo sotto l'art. 1347 che questo scritto costituirebbe un principio di pruova ed autorizzerebbe quindi la pruova per testimoni e quella per semplici presunzioni; o pel giuramento suppletorio (art. 1353, 1367).

IV. — La legge apporta una eccezione alla regola che ci occupa pe' mercanti, artigiani, lavoranti, vignajuoli, giornatari, persone di servizio. — Pei domestici, giornatari, operai ec. che spesso possono scrivere il loro nome senza sapere scrivere altrimenti, era indispensabile l'eccezione; poichè dichiarare non probante l'atto che non avessero scritto o rivestito di un bono, sarebbe stato l'istesso che costringerli a ricorrere ad un notajo per gli atti della menoma importanza. Per mala ventura qui togliesi la protezione della regola precisamente a coloro che più avevano bisogno di essere protetti, vista la loro poca istruzione; ma di questo risultato come ben si vede non potrebbe accagionarsi il legislatore, poichè emana dalla natura stessa delle cose. Per quanto concerne i mercanti (ed anche i banchieri, manufatturieri, negozianti ec. che la dichiarazione del 1773 nominativamente allogava nella eccezione e che il Codice intende certamente comprendere tutti sotto il nome di mercanti), l'eccezione, lo si vede, ha tutta altra causa: gli è la moltiplicità do' biglietti di tal genere ch' essi debbono sottoscrivere, che fa temere che la regola, per altri di una saggia protezione, divenga per essi un impaccio alla speditezza de' loro affari.

Tutte le volte che siavi disaccordo sulla quantità tra il bono ed il corpo dell' atto, il debito, purchè taluna circostanza non indichi da qual lato sia l'errore, non trovasi provato che fino alla concorrenza della quantità per la quale le due indicazioni sono di accordo, vale a dire per la più piccola. Ma ben inteso, se si vedesse, non monta come, che questa quantità più piccola è erronea, o la maggiore la vera; a quest' ultima dovrebbe starsi.

Sol nel dubbio si segue l'indicazione minore, ma allora la si segue sempre.

1328 [1280]. La data delle scritture private non è computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui sono state registrate, dal giorno della morte di colui o di uno di quelli che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata da atti stesi da ufficiali pubblici, come sarebbero i processi verbali di sigillamento o d'inventario.

SOMMARIO

I. L'atto privato non fa fede della sua data rispetto ai terzi.
II. Gli è soltanto verso i terzi e non mai per la parte, e suoi eredi.
III. S'intendono qui per terzi tutti coloro che han trattato col sottoscrittore dell'atto: grosso errore del Toullier — Conciliazione degli articoli 1322 e 1328; errori del Ducaurroy e del Duranton.
IV. La certezza legale dell'atto non può risultare che da tre circostanze indicate dall'articolo: errore del Toullier.
V. L'articolo non si applica alle quietanze: contradizione del Duranton.

I. — Tutto che avessimo detto, spiegando l'art. 1322, che gli atti in forma privata, una volta riconosciuta o tenuta per tale tra le parti, loro eredi ed aventi causa, ànno la stessa efficacia degli atti autentici, evvi non pertanto tra le due classi di atti la differenza, che l'atto pubblico dà la certezza legale della verità della data, del pari che di tutto il resto del suo contenuto, mentre che l'atto privato non acquista una data legalmente certa a fronte dei terzi, vale a dire de' semplici aventi causa, se non dal dì del registro, o della relazione della sostanza di esso in un atto pubblico, o dal dì della morte di uno dei soscrittori. Così, quando dicesi che l'atto privato fa la stessa fede del pubblico, gli è ad eccezione della data, quanto agli aventi causa, la quale non è provata rispetto ad esso che mercè una delle tre circostanze su indicate, e non dall' atto medesimo.

Si comprende, infatti, che sarebbe stato facilissimo antidatare un atto sotto forma privata. Quando io ò venduto a Pietro la mia casa nel 1845, con un atto pubblico o privato, registrato, non mi sarebbe difficile di fare fraudolentemente con Paolo, nel 1846, un secondo atto di vendita, cui porremmo l'antidata del 1844, e mercè del quale costui verrebbe ad evincere il primo e vero acquirente. La legge doveа adunque prendere delle cautele a prevenire la frode contro i terzi interessati, e non dare all'atto il suo effetto rispetto ad essi che a contare dal momento in cui la sua esistenza trovasi regolarmente constatata.

II. — Sol rispetto ai terzi l'atto non fa fede della sua data per sè stesso. In quanto alle parti e loro successori generali, l'atto fa fede della sua data, finchè non ne sia provata la falsità. Così, Tizio non potrebbe, perchè colpito da incapacità (interdizione p.

es.) pretendere incerta in quanto a sè stesso la data dell' atto privato da lui sottoscritto; e neppur lo potrebbero gli credi dell' incapace o del morto civilmente.

Gli è verissimo che l' atto emanato da colui che fu interdetto o colpito da morte civile nel 1845, e che è datato del 1844, potrebbe benissimo non essersi sottoscritto che nel 1846, dopo l' interdizione o la morte civile, ed esserai antidatato per la inintelligenza dell' interdetto o la frode del morto civilmente. Ma questi casi eccezionali non rientrano nè nel testo, nè nello spirito della nostra disposizione.

Il nostro articolo, coi suoi termini, non abbraccia tali casi (chè l' erede non è un terzo rispetto al suo autore, e ninno può essere terzo rispetto a sè stesso. Aggiungiamo che nòn dovea abbracciarli ; che si era conveniente di esigere rigorosamente la registrata (o il suo equivalente) quando l' atto si oppone ai terzi che ànno trattato con le parti, non si poteva andar sì oltre da richiederlo egualmente, allorchè non trattasi di dare all' atto la sua efficacia che contro l' altra parte contraente, o suoi eredi: dire alla parte con cui lo contratto che, se essa si attiene alla mia fede e non fa registrar l' atto, si espone a veder diventare come non avvenuto il suo dritto a fronte di coloro che più tardi potessero trattar meco, non serbando allora ricorso che contro di me, o miei eredi, era giusto ; ma dirle che, in un dato caso, il suo dritto sarebbe così infranto anche rispetto ai miei eredi e a me stesso, sarebbe stato lo stesso che gittare ovunque il turbamento, ed impacciare, mercè la noioaa formalità del registro, gli atti quotidiani della vita civile... Il manco di registro (o del suo equivalente) non potrà dunque opporsi che dai terzi, e non già dalle parti o loro eredi, le quali non potrebbero ricusarsi all' esecuzione che provando l' antidata (1).

III. — Si comprende agevolmente, e noi l' abbiam già detto incidentemente, che il nostro articolo intende per terzi tutti coloro che ànno trattato con la persona da cui emana l' atto, vale a dire i suoi aventi causa a titolo particolare. In effetti egli è chiarissimo non trattarsi qui di terzi estranei alla tal persona, ed a cui non interessa l' atto da lei sottoscritto : per costoro è ben differente che l' atto abbia o pur no data certa, poichè esso non produce effetto alcuno, nè pro nè contro di loro, in quanto ad essi è *res inter alios acta quae aliis non nocet nec prodest* ; perchè io possa prevalermi del manco di data certa in un atto, ed anche perchè siavi luogo a dimandarc, a' io possa o pur no prevalermene, egli è evidente esser mestieri ch' io sia nel novero di coloro, contro i quali quest' atto può produrre il suo effetto.

Non si comprende adunque come il Toullier abbia potuto insegnare il contrario e specialmente sostenerlo ostinatamente a fronte della contraddizione che suscitò e auscitar dovea una tale eresia (tomo IX n. 145 a 156 e dissertazione in fine del tomo X).

Il Toullier pretende non trattarsi qui che di coloro che sono terzi assolutamente parlando, e perfettamente estranei, *penitus extranei*, di coloro che non son per nulla gli aventi causa della persona da cui l' atto emana. Così quando voi comprate la casa di Pietro nel 1815 con atto notarile o con atto privato registrato, e due o tre anni dopo Paolo se ne pretende proprietario e vuole evincervene in forza di un atto di vendita non registrato portante la data del 1814, voi non potreste, secondo il Toullier, opporre a tale atto il manco di data certa, perchè siete avente causa di Pietro e non un terzo *penitus extraneus*. Siccome in conchiusione siffatta strana dottrina significava, che il manco di data certa non potrebbesi opporre se non da coloro, cui la cosa punto non riguardava e che non avevano alcun interesse ad opporla, il Toullier per schivare siffatto controsenso ha immaginato dire, che i creditori di una persona non sono suoi aventi causa ma dei terzi ; che essi tengono il loro dritto non dal debitore ma dalla legge ; e che questi creditori costituiscono quindi la classe delle persone aventi ad un tempo e qualità ed interesse per opporre il manco di certezza di data: ma gli è troppo evidente che un creditore non è nè può essere che un avente causa del suo debitore ; e che se la legge organizza la regola cui ei debbe seguire per l' esercizio del suo dritto su i beni del debitore, non è meno una delibazione, un riflesso del dritto di proprietà del debitore, di cui il creditore quindi non è che l' avente causa, il rappresentante (art. 1166, n. 1).

Ma infine dice il Toullier : se voi applicate l' art. 1328, agli aventi causa accordando loro il dritto di non rispettare l' indicazione della data, voi lo mettete in contraddizione con l' art. 1322 il quale dà pieno effetto all' atto, tanto per la data quanto pel resto, fra le parti, loro eredi ed *aventi causa !*

Si è data una risposta a tale obbiezione

(1) Parigi, 28 genn. 1830 ; Rig. 17 maggio 1831 ; Colmar 30 luglio 1831 ; Digione 17 mar. 1835 ; Rig. 8 marzo 1836 ; Orleans, 25 agosto 1837 ; Orleans 21 mar. 1838, Bisognerebbe inoltre star ben cauti dall' accettare come esatte tutte le idee ammesse da siffatti arresti.

dal Ducaurroy (Temi t. 3 p. 119), e dal Duranton (XIII n. 132-136), ma essa non è esatta. I due professori ci dicono che l'art. 1322 dopo aver parlato degli *eredi* non intende aggiungervi che gli aventi causa a titolo universale, diversi da questi eredi, vale a dire, il successore irregolare *ab intestato* e i legatari o donatari universali, o a titolo universale, ma non già gli aventi causa a titolo particolare. È questo un errore palpabile come abbiam detto sotto lo art. 1322. Questo articolo parla di tutti gli aventi causa senza restrizione, di tutti coloro che vantano dal sottoscrittore dell'atto la causa del loro dritto: esso non distingue tra gli aventi causa a titolo particolare, e quelli a titolo universale, più che nol faccia per l'atto pubblico il primo comma dell'art. 1319 sul quale fu redatto.

Ed in effetti non poteva far distinzione, chè questo articolo non occupasi soltanto della data dell'atto, occupasi eziandio ed anzi tutto della sua disposizione, di tal che se è vero, come dicono il Ducaurroy ed il Duranton, che non applicasi se non agli aventi causa a titolo universale, ne seguirebbe che, anche per massima e indipendentemente dalla quistione di data, l'atto privato non ha mai valore per gli aventi causa a titolo particolare delle parti contraenti !.... Vedremo ben tosto (n. V) che il Duranton si mette su tal punto in compiuta contraddizione con sè stesso.

Il Bonnier ha avuto dunque ragione di respingere quì (n. 569) la dottrina dei suoi due colleghi, adottando invece la risposta data dal Troplong (Ipoteche, Il 530). Questa risposta è semplicissima ed è facile conciliare i due articoli 1322 e 1328. Senza dubbio l'art. 1322 parla non solo di aventi causa a titolo particolare, ma anche di altri, e per conseguenza colui che ha comprato il podere di Pietro con un atto privato può invocare questo atto contro di me, cui Pietro lo abbia parimenti venduto; ma perchè io sia obbligato a rispettare l'atto del mio avversario, e subirne l'esecuzione, è uopo che io sia davvero rispetto a questo avversario l'avente causa di Pietro. Or quando io ho comprato il podere di Pietro al primo febbraio 1845, non sono suo avente causa rispetto a tutte le persone, quali che sieno, e per tutti gli atti da lui consentiti in un'epoca qualunque, io non lo sono che per coloro che han seco lui trattato pria del febbraio 1845, e altro non sono se non un terzo per tutto che segue siffatta epoca, dunque quando il mio vicino si presenta con un atto di vendita del 1844, spetta a lui di stabilire che questo atto è veramente del 1844, e che emana quindi da colui di cui io sono l'avente causa. Fintantocchè non si poggerà su di una data certa, egli girerà in un circolo vizioso, come ha detto benissimo il Troplong.

È superfluo inoltre il dire che lo strano errore del Toullier, ad onta dei suoi lunghi sforzi per farlo trionfare, è stato sempre respinto e dalla giurisprudenza e dagli autori (1).

IV. — Il Toullier cade in un altro errore molto men grosso certamente, ma che ci sembra parimenti incontestabile, quando insegna (VIII, n. 241-243.) che le tre cause indicate dal nostro articolo, come quelle che danno all'atto una data certa legalmente, non son poste che per mo' di esempio, e che la data dovrà dichiararsi certa tutte le volte che le circostanze renderanno impossibile l'antidata agli occhi del magistrato.

Così quando uno de' soscrittori abbia perduto entrambe le mani, o sia scomparso senza sapersi che cosa sia di lui avvenuto, o sia partito per un viaggio oltre mare, il Toullier pretende che a contare da siffatto avvenimento l'atto faccia piena fede della sua data; di tal che la quistione della certezza di data più non sarebbe una quistione di dritto ma solo una quistione di fatto; una semplice valutazione della possibilità o impossibilità dell'antidata . . . Senza dubbio tale avrebbe potuto essere il sistema del legislatore, ma tal non è quello da lui adottato, e i lavori preparatorii provano che, a torto o a ragione, si è inteso limitare i casi, fuor dei quali fosse proibito al giudice di dichiarare incerta la data.

Il nostro articolo infatti, il quale nel progetto (segnato col n. 217) non ammetteva come quello che dà la certezza della data se non il registro o la morte, fu criticato al tempo della discussione come incompleto, e perchè non presentava (così fu detto) tutte le circostanze che potevano dare la certezza della data. Questo solo fatto è perentorio, poichè se si fosse inteso fare una disposizione indicativa e non limitativa, se si fosse inteso dire, che il caso di morte non era posto che come esempio, e che questo era un punto di fatto lasciato all'esame dei magistrati, cui spetterebbe vedere

(1) Nimes 11 febbraio 1822; cassazione (di una decisione della corte di Grenoble) 27 maggio 1823, Rouen 12 aprile 1825, Rig. 20 febbraio 1827. Tolosa 7 luglio 1831; Grenoble 19 maggio 1833. Bastia 24 giugno 1833. Del resto se tali decisioni sono esatte, non sempre è lo stesso dei loro motivi.

se l'antidata fosse o pur no possibile a contare da tale avvenimento, egli è aperto che non si sarebbe potuto dire incompleta una tale regola. Non si sarebbe potuto neppur mettere in discussione il punto di sapere, se si dovesse aggiungere un terzo caso ai due già preveduti; e nonpertanto ciò si fece, e l'articolo fu rinviato alla Sezione per l'esame dell'emenda del Berlier, il quale proponeva di aggiungere il caso dei suggelli, dicendo che non poteva contentarsi di una *semplice menzione* in un atto pubblico, che non facesse conoscere il *tenore* dello scritto (Fenet, t. VIII, p. 38 e 1117).

Sul rinvio la sezione generalizzando l'emenda del Berl'er e prevenendo l'inconveniente da lui notato, ammise come terza causa di certezza legale la relazione in un atto pubblico qualonque, processo verbale di sequestro, o altro, *della sostanza* dell'atto privato.

Egli è dunque certo, che i tre casi preveduti sono i soli, nei quali il legislatore à inteso riconoscere una data certa nell'atto rispetto ai terzi, e tale è in effetti la dottrina degli autori e della giurisprudenza (1).

Quindi l'atto *non avrà* data certa *dal giorno* del registro, o della morte di uno dei sottoscrittori (che esso sia parte o testimone poco monta) o dalla relazione della sua sostanza in un atto pubblico. Vale a dire che, rispetto ai terzi, la sua data sarà quella di tale giorno; si reputerà essere stato sottoscritto in quel giorno medesimo.

V. — Gli autori sono di accordo per riconoscere, e la maggior parte degli arresti lo ammettono parimenti, che la regola del nostro articolo non devesi applicare a semplici quietanze. Un tal punto è al certo molto delicato, chè il nostro articolo non facendo alcuna specie di distinzione, sembra ben difficile il sottrarre la tale o tal'altra classe di atti dalla disposizione. Ma non pertanto noi crediamo che debba seguirsi l'opinione comune.

Non è già che noi adottassimo tutti i motivi presentati dai diversi autori. Così quando il Duranton dà per ragione, nel caso di cessione di un credito che il debitore pretende di aver pagato, presentando al cessionario una quietanza non avente data certa, che il cessionario è l'avente causa del cedente e che quindi è tenuto, giusta l'art. 1322, di rispettare l'atto da costui sottoscritto senza potere opporre l'incertezza della data (XVI-504) il dotto professore presenta un argomento insignificante, il quale per altro è strano in bocca sua. È insignificante, poichè il cessionario, come tutt'altro avente causa, non à siffatta qualità che per gli atti fatti dal cedente pria della concessione del dritto da lui acquisito, di tal che precisamente per la certezza legale della data (anteriore alla cessione) apposta alla quietanza, egli sarebbe costituito l'avente causa del cedente relativamente al debitore, come abbiam già spiegato al n. IV. Ma inoltre il Duranton, il solo che abbia qui presentato un tale argomento, era precisamente il solo che non avreb-

(1) Duranton (n. 131), Favard (*Rep.* v.° *Atto sotto forma privata*) Rolland de Vill. (*ibid.* n. 56), Dalloz (art. 2 § 1, n. 11); *Zachariae* (p. 680); Bonniee (n. 573); Cassaz., 27 maggio 1823; Tolosa, 7 luglio 1831; Grenoble 9 magg. 1833; Bordeaux, 4 ag. 1836; Angers, 18 febb. 1837; Douai 11 agosto 1837; Nimes 27 magg. 1840; Agen, 4 dic. 1841. (Dev., 32, 2, 616; 33, 2, 106; 37, 2, 100; 38, 2, 106; 39, 2, 421; 40, 2, 405; 43, 2, 1135).

Nella sua ultima edizione, il Toullier dopo aver riferito l'arresto del 1823 (VIII-242 nota) soggiunge: « *Così ogni discussione deve ormai cessare.* » Come dunque? Sol perchè una quistione sarà decisa da un arresto di cassazione, l'interpetre dovrà fare un atto di fede ed interdirsi ogni esame ulteriore! È inesplicabile tal frase in Toullier che tanto raccomanda agli altri e dichiara osservare rigorosamente egli stesso la saggia massima, *nullius addictus jurare in verba magistri*.

È senza dubbio un'alta ed imponente autorità quella della corte Suprema, ma anch'essa può ingannarsi; e più di una volta le è ciò accaduto, poichè più di una volta à giudicato il sì ed il no su di una stessa quistione. Senza rammentare la quistione dell'adozione dei figli naturali, quella della percezione della riserva da parte dell'erede che rinunzia, e parecchie altre, citeremo qui, poichè se ne presenta l'occasione, un fatto che ci à vivamente afflitto leggendolo nelle raccolte. — Il 17 agosto la camera dei ricorsi à rigettato un ricorso giudicando, sulle uniformi conclusioni dell'avvocato generale Pascalis, che il matrimonio del Francese, contratto all'estero senza pubblicazione in Francia, è colpito di nullità, giusta l'art. 170 C. civ.

Il dimani, 18 agosto 1841, à rigettato un ricorso, giudicando, ad onta delle conclusioni contrarie dello stesso Avvocato generale, che l'art. 170 non trae seco la nullità del matrimonio celebrato all'estero senza pubblicazione in Francia!... E quel ch'è più notevole si è che i motivi dati per quest'ultimo arresto erano precisamente quelli già dati, per sostenere l'identica tesi, da una decisione della Corte di Rennes del 1834, confutati da un arresto di cassazione del 6 marzo 1837 (*V.* Dev. 1841, 1, 682 e 683, 1837, 1, 177).

La Corte di Cassazione può dunque ingannarsi, e quando lo scrittore ha la convinzione di un errore da lei commesso, deve combatterlo con tanto maggior energia perchè viene da una fonte più rispettata. Per alto che sia collocata la Corte regolatrice, la verità è molto al di sopra di lei... Appunto perciò, qui come dovunque, abbiam combattuto la dottrina del Toullier, non per l'autorità dell'arresto, innanzi al quale dichiara ei stesso curvare il capo, ma per l'autorità della ragione, e senza tener conto della semi-retrattazione che contiene la sua frase.

be dovuto farlo, poichè egli stesso per combattere il Toullier, sostiene che gli aventi causa di cui parla l'art. 1322, non sono che gli aventi causa a titolo universale, il che costituisce appunto l'errore contrario. Non si sa dunque spiegare, come il dotto professore venga qui a buttarsi nell'errore del Toullier, mentre egli stesso da altra banda lo combatte sì energicamente con l'errore opposto.

Ma, benchè non senza respingere taluni motivi, noi adottiamo la decisione comune. Ci sembra impossibile che il legislatore abbia avuto il pensiero di sottoporre alla necessità del registro semplici quetanze, ricevi di somme di danaro, pei quali l'uso universale è stato sempre quello di contentarsi della sottoscrizione del creditore: il pretendere che le quietanze di pigione, i ricevi di annualità o d'interessi non acquistino forza probante, che dal registro, sarebbe stato lo stesso che gettare il turbamento nelle abitudini ben note di tutti i cittadini. Noi tanto meno aggiustiam fede a siffatta volontà della legge, in quanto che l'eccezione esisteva nell' antica giurisprudenza(1), o i nostri redattori non l'avrebbero soppressa senza fare a tal riguardo qualche osservazione, di cui non si rinviene traccia nei lavori preparatorii. Gli è adunque altresì nostro avviso che la regola non si applichi agli atti attestanti semplicemente un pagamento ricevuto (2).

Il Delvincourt, il Troplong ed il Bonnier pensano che la quietanza può dichiararsi valida, ad onta del manco di data certa, sol quando il debitore la opponga immediatamente, e non quando ritardi a farla valere. Noi non sapremmo adottare affatta restrizione, e sembraci che, essendosi riconosciuto inapplicabile il nostro articolo, gli è forza il dire esser questa una quistione di fatto lasciata alla valutazione del magistrato, il quale deve aver tutta la latitudine per decidere, a seconda delle varie circostanze, se la data sia falsa o vera. Allora quando si ammette aver la legge taciuto su tal punto, sarebbe arbitrario e pericoloso ad un tempo d'intrattenere la libertà di valutazione del giudice.

2.° Degli scritti validi senza sottoscrizione.

1329 [1281]. I registri dei mercanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono allibrate, contro le persone che non sono mercanti; salvo quanto sarà dichiarato in proposito del giuramento.

(1) Carondas, Osserv. v.° *Cessione*, Bourjon, lib. 3, tit. 3, sez. 2, n. 12; Ferrières art. 108. *Cons. di Parigi*; Rousseau de la Combe v.° *Trasferimento*, n. 20.

(2) Toullier (VI I-249, 250), Delvincourt (II), Duranton (XVI-301), Troplong (*Vendita*, II, 920); Duvergier (*Vendita*, II, 201); Zachariae (II, p. 539) Bonnier, (n. 570); Besanzone 9 febb. 1837; Bourges 3 febb. 1836; Cass. 14 nov. 1836; Nimes 5 genn. 1837; Rig., 5 ag. 1839; Tolosa 5 giu. 1840 (Dev., 36, 1, 883; 37, 2, 11; 39, 1, 952; e 2, 225; 40, 2, 340).

1330 [1282]. I libri dei mercanti fanno prova contro di essi, ma quegli che vuole trarne vantaggio, non può rescindere da ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

SOMMARIO

I. I registri di un commerciante permettono, per le obbligazioni del non commerciante, di riferire il giuramento suppletorio.
II. Non permettono la pruova testimoniale: errore del Toullier.
III. Fanno piena pruova per le obbligazioni del commerciante.

I. — I registri dei commercianti sono uno de' mezzi legali di pruova, di piena pruova contro gli altri commercianti (Cod. di Comm. art. 12 e 109), e nulla v'à di più giusto, essendo allora la regola reciproca tra le parti. Ma non ànno nè dovevano avere la stessa forza contro persone non commercianti; verso costoro costituiscono solo un principio di pruova sufficiente per autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio.

Tale è il senso evidente delle ultime parole dell' art. 1329. Chè dicendo in pria che i registri *non fanno pruova, salvo le regole del giuramento*, è chiarissimo che la legge intende, che, senza far pruova compiuta, i registri permettono almeno di deferire il giuramento. Da altra banda non può qui esser quistione del giuramento ch' è deferito da una parte all' altra, poichè tale giuramento può essere deferito senza il menomo principio di pruova (art. 1360), e senza alcuna esistenza di registri, e, perchè da sè solo conduce alla decisione del litigio, appellasi *decisorio*. Evidentemente qui trattasi di un giuramento, la cui delazione è la conseguenza dell' enunciazione contenuta nel registro, di quel giuramento che il giudice può deferire di officio all' una o all' altra parte, quando la domanda non è totalmente priva di pruova (art. 1367) e che chiamasi perciò giuramento *suppletorio*. Siffatta regola del resto non è che la riproduzione dell' antica giurisprudenza.

II. — Tutti sono di accordo su tal punto, ma evvi controversia, per l'opposto, sul punto di sapere se l' enunciazione portata nei registri permette pure di ammettere la pruova testimoniale per istabilire la verità di quanto si è fornito.

Toullier (VIII-369 e IX-70) sostiene l'af-

fermativa, dicendo che la legge permettendo di deferire il giuramento suppletorio al commerciante attore, permette quindi, ed *a fortiori*, di provare con testimoni, poichè è al certo men pericoloso riferirsene a questi testimoni che all' attore stesso.

Si è questo un errore respinto dagli altri autori che àn trattato la quistione. Il deferire il giuramento suppletorio è permesso, sol perchè la pretesa della parte non è totalmente sfornita di pruova (art. 1367); mentre la pruova testimoniale non lo è che quando esiste ciò che la legge chiama *principio di pruova per iscritto* (art. 1347); or il Codice non riconosce un tal carattere che agli scritti emanati da colui *contro del quale è istituita la domanda* (detto art.).

Ed eravi una ragione di essere più severo per la pruova testimoniale che pel giuramento suppletorio. In fatti a torto il Toullier suppone, che questo giuramento sarà necessariamente deferito all' attore, al commerciante; il giudice è libero di deferirlo a chi vuole, invece di far giurare al commerciante di aver fatto la somministrazione, potrà benissimo far giurare all' altra parte di non averla punto ricevuta; in tale alternativa si determinerà dalle circostanze, dalla posizione e dal carattere delle due parti. Se al contrario l' enunciazione del registro traesse seco l' ammissione della pruova testimoniale, sarebbe invece troppo facile ad un commerciante di mala fede di farsi pagare quel che non gli fosse dovuto, scrivendo falsamente sui suoi registri delle forniture, sulla sincerità delle quali verrebbero a deporre alcuni suoi confratelli. Così, tutto che il Pothier altra volta pensasse doversi ammettere in tal caso la pruova testimoniale, al Castelletto seguivasi una giurisprudenza contraria, in cui, come vedesi dal libro di Danty (cap. 8 *note*) il giuramento deferivasi *ai cittadini* contro i libri dei commercianti. Per altro il Pothier stesso muterebbe oggidì la sua dottrina, perchè il principio di pruova per iscritto, non definito nell' antico dritto, è oggidì l' atto scritto *emanato da colui contro del quale è istituita la domanda.*

I lavori preparatorii del Codice non lasciano alcun dubbio sulla volontà del legislatore a tal riguardo: « In quanto a coloro che non sono in commercio, dice l' esposizione dei motivi (di Bigot-Préameneu) si è dovuto sostenere la regola, che niuno può servir di titolo a sè stesso. I commercianti *non ànno* a tal riguardo *altro dritto* che quello di esigere il giuramento di coloro che contestassero la lor dimanda. » Il Bigot invero si esprime inesattamente, e potrebbe far credere, che intendeva parlare del giuramento decisorio: bisognava dire di *far deferire il giuramento*: ma alla fin fine si acorge non esservi luogo alla delazione del giuramento, ed essere esclosa la pruova testimoniale. « Con- » tro le persone non commercianti, dice a » sua volta il rapporto al Tribunato, tai regi- » stri *non possono servire che a* determinare » il giudice a deferire il giuramento ». Infine il Maleville, uno dei redattori, nella sua analisi del nostro articolo, (t. III, p. 153) mentre fa notare l' inesattezza delle parole del suo collega Bigot, spiega eziandio che il registro non autorizza che la delazione del giuramento suppletorio. (1).

III.—Ma se i registri di un commerciante non ànno altro effetto, in quanto alle obbligazioni d' individui non commercianti che vi si trovano, che di autorizzare la delazione del giuramento suppletorio sull' esistenza del preteso debito, è altrimenti, e fanno pruova piena per le obbligazioni che ne risultano contro il commerciante stesso. Soltanto la ragione vuole, che l' enunciazione di cui l' avversario del commerciante può così profittare contro costui debbe prendersi per intero, e che l' avversario non potrebbe prevalersi di quanto vi trova in suo favore, togliendo ciò che gli sarebbe contrario.

1331 [1283]. I registri e carte domestiche non formano prova a favore di colui che le ha scritte; fanno però fede contro di esso, 1. in tutti i casi in cui enunciano formalmente la ricevuta d' un pagamento 2. quando contengono una espressa menzione che l' annotazione è stata scritta per supplire la mancanza di documento a favore di quello a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

SOMMARIO

I. Le carte domestiche fanno fede contro colui che le possiede, quando enunciano l' estinzione del suo credito, ed altresì, ma sotto una condizione, quando enunciano una obbligazione contro di lui.
II. Nel primo caso la scrittura conserverebbe la sua forza, sebbene ella fosse viziata: *secus* del secondo. Perchè la condizione richiesta dalla legge nel secondo caso non lo è nel primo.
III. Le carte non fanno mai fede per colui che le possiede, ma non si può non pertanto dividere le loro menzioni: Critica di un passaggio del Bonnier.
IV. Continuazione.
V. Che bisogna intendere per carte domestiche. Errore di Toullier, R. de Villargues, e Bonnier.
VI. Del caso in cui il padrone del registro nega averne avuto uno, o rifiuta di presentarlo.

(1) *Conf.* Boncenne (*Procedura*, t. IV, 181); Bonnier (n. 634).

I. — I registri, libri, giornali, quaderni, e in generale tutte le carte domestiche che persone non commercianti tengono qualche volta per rendersi conto dei loro affari, sono lungi dal presentare la stessa presunzione di esattezza, e dall' avere altrettanta forza probante che i registri di cui la legge impone la tenuta ai mercanti, tracciando essa stessa le regole a seconda delle quali debbono essere tenuti (C. com., art.8-11). Nondimeno queste carte domestiche non sono assolutamente prive di ogni forza probante.

A differenza de' libri di commercio, esse non fanno mai fede a pro della persona da cui sono tenute; ma fanno fede contro di lei in due casi: 1. quando si tratta del credito che costei aveva contro un terzo, l' enunciazione portata al registro, che l' ammontare del debito si è ricevuto, forma pruova sufficiente della ricezione e della liberazione del debitore; 2° quando enunciano un' obbligazione della persona a pro del terzo, la legge è più cauta, e non vi vede una prova sufficiente dell' esistenza di questa obbligazione, se non quando egli è espressamente detto che la nota è stata scritta per supplire al manco di titolo del creditore; per esempio. « P. mi ha prestato oggi 500 fr., lo scrivo quì, perchè egli non à voluto che gliene dessi ricevuta. »

II. — Gli autori insegnano con ragione che vi è tra i due casi questa differenza importante che, nel primo, la scrittura conserverebbe tutta la sua forza, quand' anche fosse viziata, mentre che nel secondo si troverebbe con ciò senza valore alcuno.

In fatti, quando avete constatato sul vostro registro di aver ricevuto l' ammontare di tal credito, la ricezione così confessata da voi, è un fatto al quale le cassature, che avete fatte qualche settimana o qualche mese dopo, nulla toglie della sua forza; dacchè vien provato dalla scrittura, viziata gli è vero, ma che si legge ancora, che la mia liberazione à esistita un momento, essa esiste necessariamente sempre. Quando al contrario voi avete scritto dovermi 500 fr. per un prestito di cui io non ò voluto ricevere titolo, e per la constatazione del quale voi avete dovuto redigere la vostra nota, la radiatura fatta in seguito della vostra scrittura dà luogo a credere, non più con certezza, che i 500 fr. non vi erano stati prestati, ma che essi sono stati resi da voi, o che per conseguenza la vostra obbligazione più non esiste.

La causa di questa differenza conduce a comprendere quella che il nostro articolo fa anch' esso fra i due casi: l' enunciazione di un pagamento ricevuto fa da sè sola prova di questo pagamento, mentre che l' enunciazione d' un debito non fa prova dell' esistenza di tale debito, che quando è detto che la scrittura à avuto per iscopo di servire di titolo al creditore. Ecco quale è stato il pensiero del legislatore.

Quando io fo menzione sul mio registro di un pagamento ricevuto, tutto è detto con ciò; in qualunque epoca, ed in qualunque stato si legga questa menzione, essa indicherà sempre che il pagamento è stato fatto, e che il debitore da quel tempo è liberato; egli non è dunque utile di esigere che io abbia scritta la mia nota per servire di quietanza al mio debitore, o che io l' abbia scritta in questo scopo, o solamente come notizia per me stesso, gli è indifferente. Ma nella menzione di un debito, è ben diverso; se io non ho scritto tale menzione che come notizia per me stesso, dando forse d' altronde un biglietto al mio creditore, io ò potuto qualche tempo dopo, pagando questo creditore, contentarmi di ritirare il mio biglietto (che ò forse in seguito distrutto o disperso) senza preoccuparmi di cancellare una menzione, che, nel mio pensiero, non aveva utilità che per me; e la legge non poteva quindi dire che, sol perchè tale menzione si trovasse intatta sul mio registro, io sarei dichiarato dovere, e condannato a pagare. Al contrario, quando ò avuto cura di menzionare, che io faceva la nota nell'interesse del mio creditore, e per costituire il suo titolo di credito, non si può ammettere che io abbia pagato senza cancellare questo titolo, e finchè la scrittura è intatta, si ha fondamento a credere che io debbo ancora.

Questa differenza, criticata nondimeno da taluni professori distinti, sembra dunque a noi, come al Demante (Progr., II-807) perfettamente ragionevole.

III. — Se i registri e carte domestiche fanno prova contro il loro autore, non possono mai far prova in suo pro, di qualunque maniera si sia. Così, quando il preteso creditore d' una rendita, al quale io rispondo di non dovere nulla, e di cui io respingo il preteso credito invocando la prescrizione, sostiene che la prescrizione è stata interrotta da taluni pagamenti di annualità da me fattigli, ed io nego, non potrà faro prova di questi pagamenti per mezzo del suo registro. Invano direbbe che al registro deve darsi fede, poichè prova un pagamento fatto da me... senza dubbio se si trattasse d' un pagamento da me invocato, e da lui negato, il registro farebbe prova; ma poichè son io che nego il preteso pagamento e le sue conseguenze, il registro proverebbe questo pagamento contro di me ed a mio pregiudizio, questo registro diviene inefficace (1).

(1) Rennes, 18 dicembre 1810; Rig. 11 mag. 1812. (Devil., 1812, 1. 719).

Il Bonnier (N. 605 in fine) dopo aver fermato questo principio , che il registro non fa mai fede in favore di colui che lo tiene, aggiunge: « Invano egli pretenderebbe che il titolo *è indivisibile* e che la *stessa menzione* che constata l' estinzione del credito , constati un debito contratto in suo favore dall' antico creditore; *le due menzioni* possono perfettamente isolarsi; » indi egli invoca un arresto di cassazione del 16 dicembre 1833.

Queste idee , troppo poco sviluppate per essere comprese , espresse d' altronde in un modo vago , e qualche volta anche un po' contraddittorio (poichè si parla in principio d' una *sola e medesima menzione* per dire appresso che le *due menzioni* possono separarsi), queste idee sono vere o false, secondo il senso che l' onorevole professore ha inteso dare alla sua frase. S' egli ha voluto dire che , nel caso di due menzioni distinte e indipendenti , quella che è contraria al padrone del registro fa prova , senza che quella che gli è favorevole abbia lo stesso effetto ; che, nel caso d' una sola menzione , anche espressa da differenti frasi, questa menzione è in verità indivisibile , ma che la sua indivisibilità non può giungere a formare un titolo di credito a pro del padrone del registro contro il suo avversario : se questa è la dottrina del Bonnier , essa è esatta ; ed è in effetti conforme allo arresto del 1833. Ma s' egli ha voluto dire, che la menzione composta di varie parti (o un insieme di menzioni concernenti un medesimo affare) è divisibile , che si debba dare effetto alle indicazioni di prova contro il padrone del registro, non tenendo conto alcuno di quelle che provano a suo favore , la sua dottrina è erronea , e contraria altresì all' arresto da lui invocato.

IV. — Un esempio farà meglio comprendere ciò che si è detto.

Pietro sostiene che io gli debbo 500 fr. per saldo di conto tra noi , e di cui l'unica prova si trova , egli dice , sul mio registro. Ebbene , gli è chiaro, che dovrà prendersi l' insieme del conto , le enunciazioni de' pagamenti da me fatti , come quelle delle somme che ho ricevute , e se questo insieme mi presenta aver pagato una somma precisamente eguale allo introito , ciò farà prova che io nulla debbo. Diciamo esser ciò evidente , e che l' *indivisibilità* della notizia fornita dal mio registro è tanto incontestabile in questo caso,, quanto nel caso dell'articolo precedente pe' registri de' mercanti. Ed in fatti , se fosse permesso di dividere le indicazioni del registro per dare effetto a quelle che favoriscono il mio avversario , e lasciare le altre come non avvenute , questo avversario potrebbe reclamar da me, in virtù del mio registro , non solo tale o tale somma da lui versata , ma tutte le somme unite : egli mi direbbe: il vostro registro indica che avete ricevuto in diversi pagamenti una somma totale di 32, 000 fr. , ed in questo fa prova contro voi , ai termini del nostro articolo ; gli è vero che questo stesso registro indica pure dei versamenti fatti da voi , ma in ciò non ha più forza probante, poichè il nostro articolo dice, che il registro non fa fede per colui che lo tiene ; dunque il vostro solo registro, senza che io abbia bisogno d' alcuna altra prova , vi costituisce mio debitore de' 32, 000 fr. !!!

Egli è certo e ben evidente, che il nostro articolo non ha inteso stabilire una regola così mostruosa: egli è ben evidente che il mio registro fin che trattasi di uno stesso conto , di uno stesso affare , di una stessa quistione, fin che trattasi di una sola menzione o di menzioni intimamente tra loro connesse, fa piena pruova a mio pro , per abbattere quanto è stabilito contro di me sol da enunciazioni identiche o correlative , in altri termini egli è evidente, che il registro è *indivisibile* nel caso del nostro articolo, del pari che nel caso dell' articolo precedente. Ma il mio registro non può (e in ciò differisce da quello di un commerciante, e ciò vuol dire il nostro articolo) far pruova o principio di pruova a mio pro, allorchè non trattasi di distruggere quanto esso solo ha stabilito contro di me. Così quando il mio registro da voi indicato per la pruova del vostro preteso credito, sia di 32, 000 fr., sia di 500 fr. soltanto , indica che io ho ricevuto 32 000 fr. e ne ho pagato 32, 479, evvi ben la pruova nel mio registro della mia liberazione pe' 32, 000 fr., ma non potrei in forza del registro ottenere condanna contro di voi pei 479 fr. che eccedono l' introito.

Sicchè il registro non fa fede per colui che lo ha scritto, non può mai servirgli , mentre che può opporglisi , questo registro può servire all' avversario e non può giovargli. Ma ciò non vuol dire, che questo avversario può scegliere a suo bel grado nelle enunciazioni relative all' affare, per prendere queste e lasciar quelle. L' avversario deve prendere tal quale è tutto l' insieme delle enunciazioni , insieme che è per forza indivisibile ; se gli è favorevole se ne prevalerà , se gli è contrario , lo lascerà ; ma senza che lo si possa allora rivolgere contro di lui.

Tale è il senso dell' articolo , e tale è pure la dottrina dell' arresto del 1813 ;

« Attesochè , esso dice , Gaudriot non

» aveva prodotto in appoggio della sua domanda riconvenzionale, che i suoi libri e carte domestiche, e che ai termini dell' art. 1331, tali registri non formano titolo per colui dal quale emanano; che non pertanto sulla semplice produzione dei libri del convenuto la Corte reale di Digione ha condannato il convenuto a pagare . . . ; che se la produzione delle carte domestiche fatta dal convenuto, à *potuto produrre l' effetto di fare* rigettare la sua domanda, non ha potuto formare in suo favore un titolo tale da costituirlo creditore; che *pronunziando quindi la condanna dell' attore*, nel manco di altra pruova, a pagare al convenuto la somma di 479 fr., di cui costui avea riconvenzionalmente istituito domanda, la Corte reale ha manifestamente violato l' art. 1331 cod. civ., cassa la decisione, ma sol nella disposizione che ha pronunziato la condanna dell' attore al pagamento dei 479 fr. (1) » Come ben si vede, la Corte di Cassazione mantiene la decisione della corte di Digione, in quanto rigettava la domanda dell' attore e lo condannava alle spese; essa riconosceva quindi che i registri, allorchè trattasi di menzioni concernenti uno stesso affare, provano a pro di colui che li scrive, ad effetto di abbattere quanto è provato dalle menzioni correlative: in altri termini riconosce che i ragguagli di tali registri sono indivisibili.

Dunque è verissimo, che la menzione non può mai servire al padrone del registro contro del suo avvversario, ma ciò è sol vero della menzione intera, completa e presa nel suo insieme. Accanto della prima regola che la menzione non può mai servire al suo autore, va posta questa seconda regola, che la menzione non può mai esser divisa; e siffatte due regole si riassumono in questa unica idea: la menzione, necessariamente presa nel suo insieme, prova contro del suo autore, e non fa mai prova in di lui favore.

V. — Quali sono precisamente gli scritti che debbonsi comprendere sotto l'espressione di *carte domestiche*? Gli autori insegnano che non può mai esser quistione di fogli volanti, ma solo di registri, squarci, o quaderni (2).

Questa decisione ci sembra troppo assoluta, e noi pensiamo che, a seconda delle circostanze, le scritture fatte su semplici fogli volanti dovessero talvolta rientrare nella espressione sì vasta *registri* e di *carte*. Ben è vero, che nel più dei casi non dovrà essere così: il foglio che trovasi presso del creditore e che porta l' enunciazione di un pagamento ricevuto, anche quando fosse scritto e sottoscritto da esso creditore, spesso non sarà che una quietanza da lui preparata nell' idea di un pagamento che non si è fatto: è lo stesso del foglio sul quale egli riconosceva di aver tolto ad imprestito una somma da qualcheduno. Ma un pensiere ben diverso può pure benissimo manifestarsi, e trovarsi acquistata la pruova della liberazione o del credito del terzo dalle enunciazioni del foglio volante: così, p. es. se in tale foglio si dica: « M. N. mi à restituito la settimana scorsa i 500 fr. che mi doveva; « M. N. mi ha jeri improntato 500 fr. senza volerne uno scritto; questa nota ne fa avvertiti i miei eredi, s' io venissi a morire »; egli è chiaro che tali enunciazioni così precise darebbero la più compiuta certezza della liberazione, o del credito di N.; sarebbe evidentemente impossibile di negar loro la forza probante, tutto che fossero su di un foglio volante. Un arresto della Corte Suprema riconosce virtualmente l'inesattezza della regola contraria (3).

E se è uopo dire, che le note della persona potessero talvolta avere l' efficacia di cui parla il nostro articolo, anche trovandosi in semplici fogli volanti, è uopo dire al pari reciprocamente, ch' esse potrebbero talvolta restare inefficaci, tutto che fossero sul registro di tale persona. Ciò sarebbe evidente p. es. se la nota fosse scritta di carattere diverso da quello delle altre menzioni del registro, e paresse aggiunta dopo.

Dalle abitudini adunque che aveva la persona, come diceva al tempo dell' arresto succitato l' avvocato generale Laplagne-Barris, e da diverse altre circostanze bisognerà decidere, se lo scritto costituisca o pur no una carta domestica, vale a dire una carta destinata dal padre di famiglia ad essere conservata per constatare lo stato dei suoi affari.

VI. — Il nostro articolo, dichiarando che i registri domestici fanno prova a prò dell' avversario di colui che li tiene, accorda appunto perciò a quest' avversario il dritto di chiederne la presentazione. Per mala ventura sarà sempre facile ad un uomo di mala fede di dichiarare di non aver tenuto registro, o che quello ch' egli teneva si è distrutto o perduto, e sarà ben raro che lo avversario possa fare la pruova del contrario, non re-

(1) Dev., e Car., 1831, 1, 123. — *J. du P.*, 16 dic. 1833.

(2) Toullier (VIII-357 e 399); R. di Villargues (V. *Fogli volanti*) Boinier (n. 604).

(3) Cassaz. di una decisione di Lione, 9 nov. 1812 (Dev. 13, 1, 704 707).

Marcadè Tom. III.

standogli il più delle volte che la risorsa di diferire il giuramento sul fatto dell'esistenza del registro.

Che se il padrone del registro, allorquando sarà provato dall'avversario, o confessato da lui, che ne esiste uno, ricusasse di presentarlo, questo rifiuto darebbe evidentemente una certa verosimiglianza alle pretese di questo avversario, e costituirebbe quindi un principio di prova che permetterebbe al giudice di ricorrere al giuramento suppletorio (art. 1367).

1332 [1284]. Qualunque annotazione posta dal creditore appiè, in margine o a tergo d'un documento che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non firmato nè datato da esso, quando tenda a dimostrare la liberazione del debitore.

Lo stesso ha luogo per qualunque annotazione posta dal creditore a tergo, in margine o appiè d'un originale in duplo, di una scrittura o di una quietanza, purchè tale originale in duplo si trovi presso il debitore.

SOMMARIO

I. Scritture non sottoscritte poste dal creditore sul suo titolo o su quello del debitore. Vizio di redazione e difficoltà d'interpetrazione di questo articolo. Tre sistemi presentati dagli autori.
II. Confutazione del sistema del Demante ed in parte di quello del Delvincourt.
III. Confutazione della seconda parte del sistema del Delvincourt, e dei sistemi di Toullier, Duranton e Bonnier.
IV. Confutazione della seconda parte dell'ultimo sistema. Strana inesattezza del Bonnier.
V. Riassunto dall'interpetrazione dell'articolo.

I. — Dopo aver parlato 1° delle menzioni portate su i registri de' mercanti e 2° di quelle che presentano i registri o altre carte domestiche, il codice per terminare quanto concerne gli scritti non sottoscritti, si occupa in terzo ed ultimo luogo dello scritto posto sul titolo stesso del credito, sia in continuazione, sia in dorso, sia in margine dello scritto che costituisce tale titolo; chè il sito come ben si comprende nulla fa alla cosa.

Il Codice inoltre non si occupa di questa scrittura che in quanto essa enuncia la liberazione del debitore, e nulla dice nel caso in cui enunciasse un aumento di credito. Diremo poche parole di questo secondo caso, dopo aver spiegato quello preveduto dal testo. Tuttocchè il Bonnier dica il contrario (n.° 609 e 610), non tutti gli autori sono di accordo sull'interpretazione che deve ricevere questo articolo. Avvi tre sistemi a tal riguardo.

Il Toullier (VIII-353) il Duranton (XIII, 212 e 218) e il Bonnier (*loc. cit.*) insegnano che non si deve tener conto nè della redazione del 1° comma, nè di quella del secondo, e che, ad onta della dichiarazione contraria del testo, sempre alla dottrina ben differente del Pothier dobbiamo rapportarcene. Così, quantunque il 1° comma non attribuisse un effetto liberatorio che allo scritto posto *dal creditore* sul titolo, che è *sempre rimasto in suo potere*, questi autori decidono, che una delle due condizioni, non importa quale, basta da sè sola: dacchè le parole che enunciano la liberazione sono scritte dal creditore, la liberazione sarà provata, che il titolo sia o no restato nelle mani del creditore; e così, dacchè il titolo è sempre restato nelle mani del creditore, la scrittura farà pruova della liberazione, sia o no quella di questo creditore. Essi dicono del pari nel caso del secondo comma, che la parola *purchè*... debba essere soppressa, e che importa poco il sapere in quali mani si trova il doppio, sul quale il creditore ha menzionate di sua mano la liberazione del suo debitore. Si recano dunque tre cambiamenti da questi autori alle disposizioni del nostro articolo.— Il Delvincourt (sez. 1. § 1, note) non ammette che uno di questi cambiamenti. Egli dice pure, che nel 1° comma le parole *dal creditore* sono inutili e che, quando il titolo sul quale si trova la scrittura enunciante un pagamento ricevuto, è restato nelle mani del creditore, importa poco da chi questa scrittura è stata messa. Ma egli si attiene al testo della legge su gli altri due punti; cioè a dire egli vuole che il titolo sia restato sempre nelle mani del creditore nel caso del primo comma e nelle mani del debitore nel caso del secondo.—Il Demante infine (Progr. II, 808 e 809) rigetta il cambiamento proposto dal Delvincourt come gli altri due, e si attiene scrupolosamente su i tre punti al testo del nostro articolo.

Noi non adottiamo alcuno di questi tre sistemi; i due primi ci sembrano essere arbitrari e sostituire il pensiero dell'interprete a quello del legislatore; l'ultimo ci sembra cadere nello estremo contrario, e sconoscere lo spirito della legge per un rispetto esagerato del suo testo.... Conveniamo con i tre primi autori, ed in contrario all'opinione del Delvincourt e del Demante, che il mantenere il titolo nelle mani del debitore non può essere richiesto, dal momento che la scrittura si è messa su questo titolo dalla mano del creditore: ma noi pensiamo, in opposizione dell'opinione di Toullier, Duran-

ton e Bonnier, che, eccetto questa sola idea, le nostre disposizioni debbono essere eseguite testualmente. Quando la ragione e la combinazione delle regole legali dimostrano l'inesattezza d'un testo, gli è chiaro che non bisogna più attenersi ai suoi termini, ed è ciò che condanna quì la dottrina del Demante o anche quella del Delvincourt; ma quando un testo non ha niente che si opponga nè alla ragione nè alle altre regole della legge, non è permesso di rigettarlo per sostituirvi arbitrariamente la dottrina di Pothier o di chiunque altro. Così, non pertanto, fanno quì i tre primi autori.

II. — Che la scrittura messa dal creditore stesso sul suo proprio titolo prova la liberazione ch'essa enuncia, sì quando questo titolo è uscito dalle sue mani, come quando vi è sempre restato, ciò ne sembra evidente; poichè se il fatto di scrivere una menzione di pagamento sul mio registro domestico dà di per sè solo, e non ostante la radiatura posteriore della menzione, la prova legale del pagamento, come sarebbe egli diversamente della menzione che io ho messa sul mio titolo stesso di credito? Una tal menzione non è essa molto più significante, più energica, quando è sull'atto stesso, per l'esibizione del quale io poteva esercitare le mie intimazioni, che quando è su d'un registro che era del resto una semplice notizia per me stesso? Il solo fatto d'avere scritto questa menzione prova dunque per sè stesso la liberazione, e non può essere importante sapere in quali mani l'atto ha potuto passare, dal momento in cui io certamente vi ho messo sopra la menzione.

Se fosse vero che lo scritto posto sul titolo non fa pruova, se non quando questo titolo è rimasto in potere del creditore, esso dunque non avrebbe tale effetto, quando fosse stato al debitore stesso consegnato tale titolo. Or gli art. 1282 e 1283 dichiarano che il fatto stesso della consegna del titolo dal creditore al debitore dà, secondo i casi, o una presunzione, o anche una pruova della liberazione. Così, mentre che giusta l'art. 1331 la menzione non sottoscritta della liberazione posta su di un semplice registro confidenziale e di annotazioni fa pruova, o che giusta l'art. 1282 la consegna del titolo senza alcuna menzione fa pruova parimenti, ecco che la menzione posta sul titolo stesso, o seguita dalla consegna di tale titolo non produrrebbe tale effetto, visto il manco di sottoscrizione! Si avrebbe A uguale ad X; B pure eguale ad X; e poi A e B, riuniti insieme, più piccoli di X!

Il Demante ci dice (n. 808) che, se la legge quì richiede che il titolo sia sempre rimasto in potere del creditore, gli è perchè vi è luogo a supporre essere ben suo lo scritto. Abbiamo invano cercato un senso in tale proposizione. Come parlare di supporre che lo scritto sia quello del creditore, quando, per ipotesi, è questo un fatto accertato! forse il nostro articolo non dichiara parlare dello scritto *apposto dal creditore!...* Quì, come dovunque, in presenza del debitore che dice essere lo scritto del suo avversario, vi è per costui il dritto di disconoscere questo scritto (art. 1323) e pei suoi aventi causa quello di dire che nol conoscono (*ibid.*) l'esercizio del dritto trarrà seco una verifica, e se risulta che il carattere non è quello del creditore, egli è chiaro che non si applicherà il nostro articolo, e che quindi non vi sarà luogo a discutere sul suo significato: l'articolo non è fatto che pel caso in cui lo scritto *è appunto del creditore*, pel caso in cui o questa scrittura è confessata esser sua, o provata tale dopo contraddizione: come dunque dire, che l'articolo impone tale condizione, purchè si possa supporre un fatto che trovasi certo *a priori*? Ripetiamolo, ci è impossibile di trovare un significato in questa frase del Demante, e ci sembra che quì, come nell'interpetrazione dell'art. 526, come su taluni altri punti, il dotto professore si è lasciato indurre in errore ed in dispiacevoli sottigliezze pel bisogno di non trovare in fallo la redazione del Codice.

I vizii di redazione sono nonpertanto ben numerosi nel Codice, perchè uno di più o di meno possa dare all'occhio; e noi crediamo aver dimostrato che bisogna qui riconoscerne uno, il quale del resto si spiega facilmente. Nel progetto, la disposizione del nostro primo comma differiva da quel che è oggidì, essa dava la forza di liberare allo scritto apposto sul titolo da una mano qualunque, ma esigendo, il che era giustissimo, che il titolo non fosse uscito dalle mani del creditore (Fenet, t. 11, p. 193). All'epoca della redazione posteriore si pensò che non bisognava attribuire tale effetto, se non allo scritto apposto dal creditore, e non si badò che questo mutamento, per non mettere la disposizione in disaccordo con la ragione e coi principii del Codice, richiedeva la soppressione delle parole « *il quale sarà rimasto in suo potere* ».

III. — Ma se àvvi necessità, e per raziocinio e per le diverse regole fermate dal Codice stesso, di fare astrazione dalle parole « *il quale sia rimasto in suo potere* » evvi parimente necessità, e quindi forse è permesso di togliere, se non assolutamente, almen per taluni casi, le altre parole « *apposte dal creditore?* » Evidentemente no, ed è lo stes-

so che contraddire al testo ed al pensiero del legislatore, l' insegnaro, come fanno il Delvincourt, il Toullier, il Duranton ed il Bonnier, che sn di un titolo, stato sempre in potere del creditore, basterà uno scritto apposto da una mano qualunque. Si è questa una flagrante violazione della volontà legislativa, poichè or ora abbiamo veduto, che subito dopo, per riflessione ed espressamente, per mutare la regola che dava effetto a qualunque scritto, i redattori hanno avuto cura di aggiungere due parole per richiedere uno scritto apposto *dal creditore!*

L' errore che qui notiamo è in vero strano e presso il Delvincourt e presso gli altri tre autori.

Per Delvincourt in pria si sa, ch' egli ammette come il Demante, doversi stare strettamente alle parole « ch' è sempre rimasto in suo potere » Or come mai il celebre decano della Facoltà di Parigi ha potuto, dacchè riconosceva la necessità di operare una soppressione nel testo del comma, in seguito dell' inciso aggiuntovi, mantenere le parole che vi si trovavano nella prima redazione, e che quindi potevano benissimo non esser rimaste che per inavvertenza (come nell' art. 809, in cui i redattori dopo aver soppresso uno dei due casi del progetto àn lasciato sussistere le parole *«nell' uno e l'altro caso»*) per sopprimere quelle appunto che si era avuto cura di aggiungere subito dopo?

L' errore del Toullier, del Duranton, del Bonnier è ancor più singolare: chè quello del Delvincourt non diviene patente che ricorrendo ai lavori preparatorii, mentre che questo lo diviene a fronte del solo contesto del nostro articolo. L' idea dei tre professori infatti vuol significare, che non devesi assolutamente sopprimere nè il primo, nè il secondo inciso, e che bisogna lasciarli entrambi come tanti cavicchi che si levino e mettano a talento. L' atto è restato costantemente in potere del creditore, e porta uno scritto di alieno carattere? allora le parole *« che è sempre rimasto in suo potere»* si sono lasciate espressamente, e l' inciso *dal creditore* vi è entrato per inavvertenza. Al contrario lo scritto è di proprio pugno del creditore, essendo il titolo uscito dalle sue mani? oh! allora i redattori ànno inteso rapportarsene all' inciso *« dal creditore »*, e le parole *« che è rimasto in suo potere »* son quelle che provengono da disattenzione del legislatore! Ma gli è invero far troppo strazio delle regole dell' interpetrazione. Dite che per una svista i redattori àn posto questo o quello; o anche questo o quello insieme, sia pure; ma fare delle loro frasi un gioco di spola, il quale vi dà il rosso quando non si vuole il nero, ed il nero quando non si vuole il rosso, ciò è troppo chiaramente inammessibile.. V' à qualche cosa da togliere nell' articolo, sta bene; la cosa da togliere sarà questa o quella, sta benississimo; ma quando ciò che devesi togliere sarà tolto, non ve ne venite a rimetterlo la dimane per togliere a sua volta la parte che dicevate jeri dover rimanere!

Ripetiamolo, e con ciò rispondiamo ad un tempo al Delvincourt e agli altri tre autori: o preme al legislatore che lo scritto sia di pugno del creditore, o non vi tiene: se non vi tiene è indispensabile che lo scritto sia rimasto in potere del creditore: se vi tiene, sarà irragionevole e d' altronde contrario alle altre regole del Codice di esigere questa seconda condizione, ed il secondo inciso deve sopprimersi. Or è ben evidente che il legislatore vi tiene, poichè unicamente per questo scopo ha mutato la redazione primitiva del comma.

È necessario, e in tutti i casi, che lo scritto sia apposto dal creditore; e in ciò sembraci la legge molto saggia; chè non potrebbe forse accadere che, sebbene l' atto non sia mai uscito di casa mia, vi fossero state aggiunte a mia insaputa delle parole enuncianti la liberazione del debitore?... Per quanto sappiamo, la quistione non si è presentata che una sola volta innanzi ai tribunali ed è stata decisa nel senso da noi indicato (Colmar 6 dic. 1816).

Egli è evidente inoltre che quanto abbiam detto dello scritto del creditore, dee pur dirsi dello scritto della persona che avesse avuto l' attitudine di scrivere per lui, o della persona da lui incaricata di quietanzare per suo conto, affidandole a tal uopo il titolo, chè quanto fa un mandatario è legalmente fatto pel mandante. (*V.* Metz, 23 frimaio anno XIII).

IV. — La dottrina del Toullier, del Duranton e del Bonnier non ci sembra neppure esatta quando dicono che, nel nostro secondo comma, è uopo cancellare le parole *« purchè il doppio* (o la quietanza) *sia in potere del debitore ».*

Questi autori suppongono, ma a torto, che la legge intende qui parlare dell' originale qualunque di un atto fatto in doppio, e partendo da questa idea inesatta, domandano perchè la menzione dei pagamenti ricevuti apposta dal creditore stesso sul suo proprio doppio, non farà pruova anche quando l' avrà conservato presso di sè, del pari che la menzione apposta su di un semplice titolo.

Ma il nostro secondo comma, come l' àn perfettamente capito il Delvincourt e il Demante, e come ben lo indica l' idea di quietanza aggiunta all' idea del doppio, non intende parlare che del doppio appartenente al

debitore; parla dello scritto apposto dal creditore *sul doppio* del suo titolo, e non già sul suo proprio titolo, sul suo originale. In quanto allo scritto apposto sull'originale che gli appartiene (e che il nostro articolo chiama *titolo* in opposizione al *doppio del titolo*), il suo effetto è regolato dal primo comma, il quale parla di un titolo qualunque, senza far distinzione tra l'atto fatto in semplice originale e quello fatto in doppio... Dacchè i nostri redattori non ànno inteso applicare il secondo comma che al doppio appartenente al debitore, o ad una precedente quietanza di questo debitore, si comprende perfettamente perchè àn voluto che la carta, per far pruova della liberazione, fosse in potere del debitore. « Altrimenti, dice benissimo » il Demante, si potrebbe supporre che il » debitore à rimesso al creditore il suo dop» pio o la sua quietanza precedente in vista » di un pagamento da lui annunziato, per » far preparare la quietanza, e che costui » l'ha ritenuto, perchè il pagamento non fu » effettuato. »

È sorprendente che il Duranton e il Bonnier nulla abbiano detto di questa interpretazione sì semplice dei loro due colleghi; ed è più sorprendente ancora, che il Bonnier termina questo passaggio del suo libro, dicendo positivamente che *tutti i commentatori* sono di accordo per riguardare come non avvenuta la parola *purchè*... e per attenersi su tal punto all'antica dottrina del Pothier, ad onta della disposizione contraria del Codice!

V. — Ecco dunque in poche parole il senso del nostro articolo.

Quando gli scritti non sottoscritti che enunciano pagamenti fatti dal debitore, trovansi, vuoi sul semplice atto, vuoi su quello in doppio che forma il titolo del creditore, fan pruova, sol perchè sono in potere di esso creditore (o del suo mandatario, ben inteso), senza che siavi a considerare se il titolo è o no rimasto in suo potere. Quando questi scritti trovansi su di una precedente quietanza o su quello de' doppii che appartiene al debitore, non fanno pruova che sotto la doppia condizione, cho lo scritto sia pur quello del creditore, e che il titolo su cui è apposto non sia da lui ritenuto. Avvi inoltre fra i due casi quest'altra differenza, che nel primo lo scritto avrebbe sempre lo stesso valore, tuttocchè radiato, poichè la liberazione del debitore risulta solo dal fatto di essersi enunciata dal creditore in un'epoca qualunque, mentre che nel secondo la radiatura renderebbe naturalmente senza effetto lo scritto, dando luogo a credere ch'esso non sia stata posta che nella speranza di un pagamento che non si è poi avverato.

In quanto poi agli scritti che, aggiunti così sul titolo di un credito, ne enunciassero un nuovo senza presentare una seconda sottoscrizione, i nostri antichi autori (Boiceau part. 2 cap. 2, s. 2. Danty, *ibid.* Pothier n. 728-729) decidono e con ragione poter far pruova, se sono in intima relazione coll'atto: come se, in piè dell'atto in cui Pietro riconoscesse avergli Paolo prestato 600 franchi, fosse scritto di carattere di Pietro « riconosco che detto Paolo mi ha di nuovo imprestato 200 fr. » nel caso contrario non potrebbero essere che un principio di pruova per iscritto.

§ 3.

Delle Tacche e riscontro.

1333 [1285]. Le tacche d'una tessera corrispondenti a quelle del riscontro compagno fanno fede fra le persone, le quali costumano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuto.

I.—Chiamasi *tacca* un piccolo bastone diviso nella sua lunghezza in due metà, di cui l'una rimane in potere del fornitore, conservando questo stesso nome di tacca, mentre che l'altra vien consegnata al consumatore e prende il nome di *riscontro*, o *controtacca*. Ad ogni fornitura che si fa, si ravvicinano le due metà e si forma sul tutto delle sbarre trasversali il cui numero indica la quantità delle cose fornite. Questo mezzo di constatazione è specialmente in uso presso i panattieri.

Allorchè la controtacca vien presentata e trovasi d'accordo con la tacca, questa fa fede della quantità delle forniture che trovasi così constatata. — Si è questa, come abbiamo già detto al principio della nostra sezione, una specie di pruova scritta, e per conseguenza avrebbe egual forza per somma maggiore o minore di 150 fr., senza potersi obbiettare la disposizione dell'articolo 1341, la quale non è fatta che pel caso di pruova testimoniale. E questa specie di scrittura, questo sistema particolare di manifestazione per via di segni, potrebbe anche talvolta acquistar data certa a fronte de' terzi, chè una controtacca potrebbe mettersi sotto suggello e menzionarsi in un inventario, indicandosi il numero di incisioni che vi si trovano.

II. — Se la controtacca presentasse meno segni della tacca, egli è aperto, cho la somministrazione non sarebbe provata, cho sino

alla concorrenza del numero di segni comuni alle due metà, e che quelli che non trovansi sulla controtacca sarebbero completamente non avvenuti. — Se per contrario la controtacca presentasse più segni della tacca, noi crediamo che la pruova non esisterebbe eziandio che nei limiti nei quali le due metà trovansi di accordo. Senza dubbio se il consumatore riconoscesse, che i segni che trovansi in più sulla sua controtacca sono stati fatti per somministrazioni ricevute, vi sarebbe pruova, ma pruova risultante dalla confessione del debitore, non già dalla controtacca: ma se, il consumatore negasse le pretese forniture, la controtacca nulla proverebbe, chè i segni si sarebbero potuti fare senza scopo, e p. es. da un ragazzo che avesse scherzato con la controtacca. Bisogna dunque starsene al testo dell'articolo, che richiede una tacca ed una controtacca correlative.

III. — La tacca presentata dal fornitore sarebbe forse priva di ogni forza probante, se il consumatore pretendesse non esser mai esistita controtacca, e che nulla siasi a lui fornito, o se pur fornito, da lui pagato in contante? Noi lo crediamo, ad onta della dottrina del Duranton (XIII-235) e del Bonnier (n. 616), di cui il primo insegna positivamente, ed il secondo pure ammette (riconoscendo però di spingere le cose un pò tropp' oltre), che la tacca così priva di controtacca deve avere la stessa forza di un registro di commerciante (art. 1329) ed autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio. Ci sembra impossibile di accettare siffatta idea, per la duplice ragione che quanto dicesi del giuramento sui registri dei commercianti nell'art. 1329, qui non è ripetuto per la tacca alla quale non corrisponda la sua controtacca, e che in fatti questa tacca non merita la stessa fiducia dei registri, per la tenuta dei quali la legge impone regole che qui non sono richieste: la sola risorsa del fornitore in questo caso sarebbe di ricorrere alla pruova testimoniale per istabilire, come vuole il Toullier (VIII-409) il fatto che è esistita la contro-tacca (il che lo farebbe rientrare nella regola di cui or ora parleremo) o per istabilire immediatamente, se si trattasse di somma minore di 150 fr., la realtà della somministrazione o del debito dell'avversario.

Che debbasi decidere ora, allorquando non presentandosi la controtacca, ne viene dal fornitore provata l'esistenza anteriore, o confessata dal consumatore che dice averla perduta, e questo consumatore neghi non pertanto tutto o parte del debito, che da lui si reclama? Noi pensiamo che allora, tranne il caso di frode provata del fornitore, la tacca deve far fede; chè il consumatore, nel caso stesso in cui riconosce spontaneamente esservi una controtacca, ed in cui la sua allegazione di averla perduta fosse sincera, è sempre in fallo, per non avere, subito dopo perduto la controtacca, assodato il suo conto col fornitore per ricominciare una nuova tacca. Così decideva pure la consuetudine di Tournai: « in questo caso il convenuto è aggiornato, se pria di avere la controtacca di quella esibita, è tenuto a farne l'esibizione, ed in mancanza la tacca presentata dall'attore è tenuta per verificata (art. 14 *della Interp. ed ampl. della consuetudine*) (1). »

§ 4.

Delle copie dei titoli.

1334 [1286]. Le copie, quando esiste l'istrumento originale, fanno fede soltanto di ciò che si contiene nell' istrumento di cui può chiedersi sempre l'esibizione.

I. — Qui non si tratta di copie di scritti privati, chè per tutti questi scritti l'originale solo può far fede; non trattasi di copie rilasciate da un uffiziale pubblico di atti autentici di cui è depositario. Perciò il nostro § è intitolato «Delle copie *dei titoli*» espressione che la legge qui riserba all' atto antentico. Lo si vede dalle rubriche dei due primi §. intitolati, uno «*Del titolo autentico* » l'altro « Dell'*atto* sotto forma privata ».

Una copia tale di far fede, vale a dire una copia regolarmente rilasciata di un atto autentico, non attinge la sua forza probante che dall'originale stesso, in sè stessa non è nulla, e non diviene un titolo che per la sua relazione ed uniformità con quest'originale. La copia non può dunque far fede, che quando è provata conforme all'originale, o confessata tale dal silenzio di colui a cui si oppone: e se costui mette in dubbio la conformità e domanda la presentazione dell'originale, non gli si potrà negare. Il nostro articolo non sottopone questo diritto di esigere la presentazione dell'originale se non alla sola condizione che richiedeva la forza stessa delle cose, vale a dire che l'originale sussiste ancora.

Gli è dunque violare la legge il giudicare, come ha fatto una decisione della corte di Bourges, 17 febbraio 1815, che non si può domandare la presentazione dell'originale che a patto di notare le differenze essenziali tra esso originale e la copia che si impugna.

(1) Merlin (*Rep.* v.° Tacca di Comm.) Toullier (VIII-409) Duranton, (XIII-234), Bonnier (n. 616).

Questa dottrina è contraria sì alla ragione, sì alla legge scritta; chè come potrebbe un attore notare le differenze con un originale che non à mai veduto, nè potuto vedere, il che era appunto il caso della detta decisione?

La corte di Bourges non ha capito la regola del nostro articolo. Ha creduto che per esigere il ricorso all'originale, era mestieri allegare contro la copia talun motivo speciale di sospetto, mentre che basta il semplice fatto di non volersi attenere alla copia. Ciò è evidente, poichè il diritto di ricorrere all'originale non è che la conseguenza del principio, che la copia non è un titolo di per sè stessa, e nol diviene che sul consenso dell'avversario ad accettarla come tale. « La copia non ha forza probante, diceva Luca di Penna, tuttochè rilasciata dal notaio stesso che ha stipulato l'atto: *copia non probat, etiam quum extracta sit ob eodem notario rogato* (Tr. *de judic.* cap. 77, § 34) » Quindi il nostro testo ci dice che, dacchè esiste il titolo, la sua presentazione può *sempre* richiedersi. La esposizione dei motivi ed il rapporto al Tribunato spiegano l' articolo in questo senso assoluto ed esclusivo di ogni condizione, ed il Maleville, uno dei redattori, ci dice che « quando l'originale sussiste ed una delle parti ne domanda la presentazione, *la copia nulla prova.* » (Analisi dell'art. 1334). Tale è pure la dottrina degli autori (1).

II. — Abbiamo detto all' art. 45, che la disposizione del nostro articolo e del seguente non si applica agli estratti degli atti dello stato civile i quali, sotto la condizione di essere *rilasciati conformi* ai registri, vale a dire *dichiarati*, *certificati* tali, dal depositario legale, in altri termini portando questa menzione « *rilasciato conforme da noi*, » fanno fede sino alla inscrizione in falso, senza che l'avversario possa richiedere la presentazione del registro. Questo avversario potrà, essendo pubblici i registri, prendere a sua volta un estratto per controllare quello che gli si oppone; potrebbe altresì ottenere che si proceda in presenza delle due parti ad una compulsoria del registro per far constatare esattamente lo stato dell'atto. Ma non potrebbe invocare il nostro articolo per far ordinare la *presentazione* del registro, il suo trasferimento nel tribunale ove pende la lite.

La nostra dottrina è in opposizione con quella della maggior parte degli autori (2) ma à già scosso l' opinione contraria di parecchi giureconsulti, segnatamente dei redattori del Repertorio del *Giornale del Foro* (v. *atti dello stato civile* n. 195) ed è stata pienamente adottata dal Bonnier (n. 744) e dal Demolombe (1, n. 318).

Ed in fatti si è ben costretti a riconoscere nel sistema contrario, che gli estratti degli atti dello stato civile non eran soggetti alla regola dell'articolo seguente; or come mai lo sarebbero alla disposizione del nostro, allorchè entrambi formano un sistema indivisibile?

1335 [1287] Quando non esiste più l'istrumento originale, le copie fanno fede in conformità delle seguenti distinzioni;

1. le copie autentiche di prima edizione fanno la stessa fede che l'originale. Lo stesso ha luogo tanto per le copie che sono state fatte per ordine dei magistrati, presenti le parti o debitamente citate, quanto per quelle che sono state fatte in pre-

(1) Toullier (VIII-418 a 427); Delvincourt (t. 11); Duranton (XIII-240), Bonnier (n. 243) Rig. della decisione di Bourges, 9 nov. 1846.

Sembrerà al certo strano, che un arresto di *rigetto*, un arresto *che sostiene* la decisione della Corte di appello, poggi su di un principio *contrario*. Non pertanto ciò ha luogo nella nostra specie, in cui tutto dovea essere strano dal principio sino alla fine. Si può vedere, sia nella *Gazzetta dei Trib.* del 31 ott. e 2 nov. 1841, sia e meglio ancora nella memoria redatta per la Corte di Bourges dal Demante e da noi (e se ne rinviene un estratto nella nostra 3. edizione p. 79 80) gli incredibili fatti segnalati in tal processo, e specialmente la moralità ed il modo di agire dei funzionarii dell' Isola di Cuba, da cui emanavano gli originali, sì gravemente sospetti, di cui richiedevasi la presentazione. Or parimenti per una circostanza ben singolare il ricorso da noi prodotto contro la decisione della corte di Bourges fu rigettato innanzi la Camera dei Ricorsi. Dopo chiuse le discussione senza che si fosse manifestata la menoma contraddizione nè il menomo dubbio sul fatto che gli originali non eransi mai veduti in Francia, la Corte equivocando sulle circostanze di un giudizio di falso che avea preceduto la decisione impugnata, pronunziò il rigetto, fondandosi su che era constatato in detto giudizio di falso e che tanto le copie quanto *gli originali erano stati lunga pezza sotto gli occhi dei giudici e degl' interessati, ed accuratamente valutati.*

Ora al contrario era materialmente costante, che in questo giudizio di falso (che la corte di appello avea posto da banda senza neppure continuarlo) le copie soltanto avevano figurato, che neppure *un solo originale* erasi mai presentato nè dall'attore, nè al magistrato, e che l' arresto pronunziato in tal giudizio area, del pari che la decisione impugnata, rifiutato di ordinare non pure il trasferimento degli originali in Francia, ma anche la loro compulsoria a Cuba... In seguito di questo errore di fatto la Camera dei ricorsi rigettò il corso, proclamando il principio di diritto sul quale esso poggiava.

(2) Maleville (art. 45), Delvincourt (t. 1); Duranton (t. 1-299), Vazeille (1-199); Richelot (1-152) Zachariae (1-147).

senza delle parti e di loro reciproco consenso.

2. Le copie che senza autorità del magistrato, o senza il consenso delle parti, e posteriormente al rilascio delle copie autentiche di prima edizione, saranno state trascritte dalla minuta dell'atto dal notaro che lo ha ricevuto, o da uno dei suoi successori, o da ufficiali pubblici aventi la qualità di depositarj delle minute notariali, possono, qualora fosse perduto l'originale, far fede purchè siano antiche.

Sono ricevute per antiche quando abbiano più di trent'anni.

Quando abbiano meno di anni trenta non possono servire che di principio di prova in iscritto.

3. Quando le copie tratte dalla minuta di un atto non fossero state scritte dal notaro che l'ha ricevuto, o da uno de' suoi successori, o da ufficiali pubblici aventi la qualità di depositarj delle minute notariali non potranno servire che per un principio di prova in iscritto, qualunque sia la loro antichità.

Le copie delle copie potranno, secondo le circostanze, essere considerate come semplici indizj.

SOMMARIO

I. Dopo la perdita dell'originale, che deve provarsi dall'attore, la copia estratta da un uffizi le pubblico ha maggiore o minor forza a seconda dei casi.
II. Questa copia fa piena fede in tre casi. Dissenso col Toullier.
III. Può servi o per principio di pruova scritta in due altri casi.
IV. Le copie di co ie non possono fornire che schiarimenti. Senso di tale regola. Eccezioni.

I. — Una copia di atto autentico, finchè quest'atto esiste, non à alcuna forza probante di per sè stessa, e non acquista tale forza, se non con la tacita confessione, che il convenuto fa della sua uniformità con l'originale; ma è ben altrimenti quando quest'originale più non esiste. Del resto spetta a colui che vuol servirsi della copia di provare che l'originale più non esiste; ma non ha perciò bisogno di stabilire, che l'atto si è trovato annullato alla tale epoca e per tale causa; gli basta di constatare che più non si trova nel deposito in cui dovrebb'essere, e che nulla indica la sua esistenza altrove, (Rig. 10 nov. 1830, Rig. 19 nov. 1833). Quando l'originale più non esiste o, che val lo stesso, non può più ritrovarsi, la copia fa piena fede, o diviene soltanto un principio di pruova per iscritto, o trovasi ridotta ad esser solo un semplice schiarimento secondo i casi.

II. — La copia fa piena fede, come farebbe l'originale stesso in tre casi:

1.° Quando questa copia è autentica, o almeno è una prima spedizione... Chiamasi copia autentica (*grosse*) la spedizione rivestita della formola esecutiva; ma la prima spedizione che non presentasse questa formola (poichè trattasi di un atto che non era di natura da dar luogo ad azioni giudiziarie, come un riconoscimento di servitù) è qui posta sulla stessa linea: il poco tempo che separa la redazione della minuta dalla consegna della copia autentica o di prima spedizione dà al legislatore una sufficiente garenzia della loro conformità.

2.° Quando la copia è tratta sulla minuta dall'officiale depositario per ordine del giudice, chiamate o presenti le parti, o anche quando l'è stato, anche senza ordine del magistrato, in presenza e col consenso dei varii interessati... Toullier (VIII-430 e 431) riproducendo qui una dottrina del Dumoulin (Parigi, gl. 1, § 8, n. 37) e del Pothier (art. 3, § 1 e 2) insegna, che questa seconda specie di copie, a differenza della prima non farebbe fede che tra le parti e loro aventi causa, non rispetto ai terzi. Gli è questo un errore, che respingono, ed a ragione, il Duranton (XIII-214) ed il Bonnier (n. 747.) Senza dubbio una tale copia non potrebbe, nè per ragione, nè pel testo del nostro articolo, produrre il suo effetto contro quelle parti, le quali non fossero state chiamate o presenti; ma dacchè le condizioni richieste dalla legge sono adempite, dacchè la copia è stata estratta sulla minuta col consenso di tutte le parti, dopo intimazione fatta a tutte per ordinanza del giudice, evvi tutta la garenzia possibile della sua esattezza, e venendo a perdersi l'originale, farebbe, dice il nostro articolo positivamente, la stessa fede di una copia autentica, che à anch'essa la stessa fede dell'originale.

3.° Quando la copia estratta dall'originale lo è stato fuori delle circostanze suindicate, ma sempre dall'ufiziale depositario legale di questo originale, o che à più di 30 anni di data.—Se la copia più non presenti qui le garenzie di sincerità che si rinvengono nei primi due casi, ne presenta un'altra, la sua antichità, che fa sparire ogni seria tema di collusione tra l'uffiz ale che l'à rilasciata e la parte che l'invoca. Non si prendono trent'anni di tempo per procurarsi un titolo sleale.

Egli è evidente inoltre, che bisogna attenersi alla data della copia all'epoca in cui è stata fatta per contare i trent'anni, e non

già alla data dell' atto originale cui essa riproduce.

III. — Ogni copia, estratta dalla minuta che non trovasi in uno dei tre casi summentovati, non può servire che come principio di pruova per iscritto.

Questa seconda regola comprende in prima le copie rilasciate da un uffiziale pubblico che non era il depositario legale della minuta, quale che sia la loro epoca. Questo caso che una volta presentavasi spesso, non s' incontrerà oggi che ben di rado, essendo espressamente proibito ai notai di privarsi delle loro minute sotto alcun pretesto (leg. di vent., art. 22). La regola si applica inoltre ad ogni copia che, non essendo nè autentica nè di prima spedizione, e non fatta per ordine del giudice, chiamate le parti, o presenti o consenzienti dette parti, lo fosse pur stata dal depositario legale, ma da meno di 30 anni.

E si noti che questa seconda regola, accordando forza di principio di pruova per iscritto alle copie di cui trattasi, apporta una eccezione alle regole adottate dal Codice, poichè, giusta l' art. 1347, non v' è principio di pruova per iscritto che nella scrittura, la quale emana dalla parte contro di cui si vuol provare. Questa eccezione era inoltre giustissima; chè la presunzione di conformità di una copia distesa da un uffiziale pubblico, ben eguaglia la forza degl' indizii risultanti da una semplice nota della parte avversa. — Le copie di cui qui trattasi permetteranno dunque ai giudici di pronunziare mediante pruove testimoniali (art. 1347) e quindi anche il mezzo di semplici presunzioni (art. 1353). Queste presunzioni saranno pure il solo mezzo di decisione, allorchè si tratta di copie troppo antiche, purchè vi sia luogo a ricorrere a pruova testimoniale.

Il nostro testo inoltre dice che le copie di cui trattasi, *possono* servire come principio di pruova per iscritto. Noi vedremo infatti al l' art. 1347, che uno degli elementi che costituiscono il principio di pruova per iscritto è un fatto necessariamente valutabile dalla coscienza del giudice, locchè rende essenzialmente facoltativa l' ammissione di un tal principio di pruova.

IV. — Una terza ed ultima regola concerne le copie estratte da un uffiziale pubblico, non da una minuta, ma da un' altra copia. Queste copie di copie non costituiscono nè la pruova compiuta, e neppure il principio di pruova per iscritto che permette di risolvere o sulla testimonianza o sulle presunzioni; ma esse non sono assolutamente senza forza legale e la legge permette di tenerle come *schiarimenti*.

Ma qual è qui il valore di questa parola, e quale sarà il giusto grado di forza probante di quest' ultima classe di copie? Noi pensiamo, che il suo effetto sarebbe quello di autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio, se la presunzione risultante dalla copia prodotta gli sembrasse abbastanza forte. Da un canto infatti l' art. 1367 permette di ricorrere a questo giuramento, quando la pretensione di una parte non è totalmente priva di pruova, quale che sia la fonte della verosimiglianza e della probabilità che crede riconoscere la coscienza del magistrato: si è questo l' ultimo grado di forza probante. Ora, e da altra banda, bisogna bene ammettere che l' ultimo comma del nostro articolo ha voluto dire alcun che, dichiarando essere possibile, anzi permesso ai magistrati di attingere degli schiarimenti dalle copie di copie. Questa decisione ci sembra il solo mezzo di porre una differenza tra queste copie e quelle che emanassero da persone private, le quali sono senz' alcun valore legale.

Inoltre la regola già fermata per le copie di copie riceve un' eccezione ben notevole nella disposizione dell' art. 844 cod. pr., il quale permette di fare estrarre, non solo da una minuta, ma anche da una copia autentica depositata, una nuova copia autentica o spedizione esecutiva. Questa spedizione, tutto che non sia che una copia di copia, sarebbe soggetta, non già alla nostra terza regola, ma alla prima e farebbe la stessa fede dell' originale, o della prima spedizione dopo la perdita di questa, poichè è anch' essa una copia autentica. Vedremo una altra eccezione alla nostra regola nell' articolo seguente.

1336 [1290]. La trascrizione d'un atto nei registri pubblici non potrà servire che di principio di prova in iscritto, ed anche per ciò sarà necessario:

1. Che sia indubitato essersi perdute tutte le minute del notaro, di quell' anno in cui l' atto apparisce essere stato fatto, ovvero che si provi essersi perduta la minuta di quest' atto per un accidente particolare;

2. Che esiste un repertorio in regola notarile, dal quale risulti che l' atto è stato fatto sotto la medesima data.

Quando mediante il concorso di queste due circostanze verrà ammessa la prova per mezzo di testimonj, sarà necessario che vengano esaminati coloro che furono testimonj all'atto se tuttora esistono.

I. — Questo articolo permettendo di scorgere un principio di pruova per iscritto nella trascrizione dell' atto, oggi perduto, sul registro del conservatore delle ipoteche, fa eccezione ad un tempo, e al principio che vuole che uno scritto non faccia principio di pruova, se non quando emana dall' avversario, ed alla regola con cui l' articolo precedente non accorda un tale effetto che alle copie di originali, e non alle copie di copie. La trascrizione infatti si opera sempre su di una spedizione dell' atto, non già sulla minuta, è dunque la copia di una copia, ed il Demante in conseguenza presenta a torto questo caso come una semplice applicazione del 3° dello articolo precedente (*Progr.*, 11-817).

Del resto, siccome sarebbe molto agevole la frode di far trascrivere un atto falso, che poi si sopprimerebbe, la legge non permette di ammettere la copia del registro del conservatore, come principio di pruova per iscritto, che sotto due condizioni destinate a dare la certezza che l' atto sia davvero esistito, e che chiaramente si comprendono dal testo stesso dell' articolo.

La legge richiede inoltre, ed è naturalissimo, che nel caso di ammessione della pruova testimoniale, si sentano sempre coloro che sono stati testimoni all' atto, se tuttora esistano. Per mala ventura la strana legge del 21 giugno 1843 rende ben inutile questa saggia precauzione; chè quali schiarimenti potran dare su tale o tal altro atto pretesi testimoni che non vi ànno neppur assistito, e di cui la pretesa presenza è una menzogna, oggi legalissima, dell' uffiziale pubblico? (V. art. 1317 n. III.).

II. — Il Delvincourt ed il Duranton (XIII-255) insegnano, che il semplice registro dell' atto produrrebbe, al pari della sua trascrizione, il principio di pruova per iscritto. Gli è questo un errore che rigettano, ed a ragione, il Toullier (IX-72) ed il Bonnier (n. 751) e come lo fa benissimo osservare il Toullier, « i ragionamenti stessi del Duranton bastano a confutarlo ».

In fatti il Duranton riconosce al par di noi (n. 246) che i nostri articoli, allorchè danno alle scritture non emananti dalla parte avversa l' effetto di un principio di pruova per iscritto, costituiscono *un' eccezione*; il che sarebbe già sufficiente per non essere permesso di estenderne le disposizioni al di là dei casi che prevedono; e fa d'altronde osservare egli stesso (n. 255) che il valore del registro è ben minore di quello della trascrizione, poichè questa è *una copia*, una riproduzione intera dell'atto, mentre che l' altro non ne presenta che una menzione sommaria. Queste due ragioni risolvono nettamente la quistione. — Gli è vero che il dotto professore impiega in seguito una intera pagina a stabilire, che la legge avrebbe potuto senza grave pericolo estendere al registro ciò che dice della trascrizione, che forse anco l' avrebbe dovuto: ma qui non trattasi di quel che il legislatore avrebbe potuto o dovuto fare; si tratta di quel che ha fatto. (1).

§ 5.

Degli atti ricognitivi e confermativi.

I redattori del Codice sono stati davvero poco felici in questo paragrafo, sia in quanto al merito delle idee, sia in quanto allo accordo ed all' andamento di dette idee.

In quanto al merito, in prima, l' articolo 1337 è la riproduzione di rutina di una regola irragionevole, e dovuta a un grosso errore del Pothier; perciò questa regola che il Demante tenta di giustificare, è stata biasimata da diversi altri interpetri, anche dallo stesso Maleville, uno di redattori.

Da altra banda, il Codice è qui caduto in una confusione non commessa dal Pothier, ponendo nella nostra materia *della pruova* gli atti confermativi di un' obbligazione. Senza dubbio l' atto, che non tendesse che a riparare i vizii di uno scritto anteriore, dell' *instrumentum* irregolamente stipulato (atto che potrebbesi pure chiamare confermativo) non presenterebbe che una quistione di pruova, ma gli atti che tendono a riparare i vizii della convenzione stessa, a ratificare un'obbligazione suscettibile di essere annullata o

(1) Un arresto di rigetto del 16 febb. 1837 (Dev. 1837, 1, 612) dichiara non per lo solo sufficiente il registro, ma è un arresto di specie, il quale, lungi dal respingere il principio da noi esposto, sembra al contrario presupporlo vero. In fatti si fonda su che « è riconosciuto e constatato lo fatto che il registro (vista la semplicità dell' atto, che altro non era se non una procura data ad effetto di riconoscere un figlio naturale) *equivale nella specie ad una trascrizione intera*, poichè fa menzione letterale della data, del nome del mandante e dell'oggetto dell' atto; e che giusta i fatti riconosciuti costanti, ha potuto la corte reale nelle sue tre decisioni ammettere la pruova testimoniale, senza violar l'art. 1336.» — In quanto agli altri tre arresti del 30 nov. 1825, 22 febb. 1831, e 9 marzo 1833, che talora invocansi nel nostro senso, essi non giudicano la quistione, chè non trattasi allora di atti privati, sui quali quindi le due condizioni richieste dal nostro articolo punto non esistevano, nè potevano esistere.

rescissa, i soli di cui si occupano gli art. 1338-1340, più non presentano una quistione di pruova; è ben evidente che concernono il merito stesso del dritto. Senza dubbio ancora, le regole giusta le quali deve distendersi l'atto che contesta la confermazione, costituiscono una quistione di pruova, di tal che il primo comma dell' art. 1338 poteva restare nel nostro capitolo, ma non potrebbesi giustificare la presenza del 2° e 3° comma di detto articolo, nè quella degli art. 1339 e 1340, i quali si occupano non già della pruova della conferma, ma della conferma stessa: il posto di queste disposizioni era al capitolo precedente, nella sezione della nullità e della rescissione delle convenzioni. Laonde il Pothier erasi ben guardato dal parlare di atti confermativi della convenzione nella nostra materia della pruova; il Delvincourt li ha trasportati in fino della sezione dell' azione di nullità (cap. 5, sez. 7, § 4) e lo Zachariae, il cui piano esclude dai quattro primi volumi della sua opera, tutto che concerne la pruova, e che quindi serba silenzio su tutto l' insieme del nostro capitolo, à cura al contrario di consacrarvi un § speciale alla conferma delle obbligazion (t. II, p. 450, § 339); in fine il Bonnier che non tratta che delle *pruove*, ben si occupa degli atti di ricognizione (n. 736-741); ma non di quelli confermativi di una obbligazione. Può dunque recar sorpresa che l'estremo rispetto del Demante pei testi della legge gli abbia qui fatto riprodurre il sistema del Codice senza alcuna critica nè osservazione (n. 818 e 821).

1. Degli atti ricognitivi.

1337 [1291]. Gli atti di ricognizione non dispensano dall' esibire il documento primordiale, qualora il tenore di esso non vi si trovi specificamente riportato.

Tutto ciò che contenessero di più del documento primordiale, o che vi si trovasse di diverso, non ha alcun effetto.

Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione, corroborati dal possesso, e uno dei quali fosse datato da anni trenta, il creditore potrà essere dispensato dall' esibire il documento primordiale.

SOMMARIO

I. Che cosa è un atto ricognitivo. Ingiustizia della prima regola dello articolo.
II. Questa disposizione proviene da un errore del Pothier.
III. I redattori ànno anche più aggravata, in un punto, l'erronea dottrina di quell' autore.
IV. Egli è forza nondimeno sottoporsi alle regole dell' articolo. Critica del Delvincourt e del Duranton; del Toullier e del Bonnier.
V. L' inefficacia dell' atto in quanto contiene di più oneroso non ha luogo reciprocamente, non ha luogo per altro che per l' atto semplicemente ricognitivo.
VI. Mezzi come sfuggire sovente alla disposizione ingiusta dell' articolo, il quale del resto deve restringersi alla pruova dei dritti personali.

I. — Le parole atti *ricognitivi*, vale a dire *atti portanti ricognizione* (o semplicemente le *ricognizioni*) potrebbero in generale convenire a qualunque scritto, col quale una delle parti riconosce il dritto dell'altra, e le ne procura una pruova, ma qui non ànno tale largo senso. Trattasi nel nostro articolo, non già di atti tendenti a constatare un dritto per la prima volta, ma unicamente di quelli che, rapportandosi ad uno scritto più antico, vengono a provare la volontà di mantenere i diritti constatati da questo primo atto. Gli atti *ricognitivi* son dunque qui posti in opposizione degli atti *primordiali*.

Gli atti ricognitivi avendo per iscopo di mantenere lo stato anteriore delle cose, non devono dunque mutare i dritti e gli obblighi preesistenti, ed in conseguenza il 2. comma del nostro articolo è perfettamente ragionevole, allorchè dichiara, che quanto nel titolo nuovo fosse differente da quel che contiene il titolo primordiale, sarebbe senza effetto.

Ma se questa disposizione è perfettamente ragionevole, non è così del resto dell' articolo.

In fatti, quando in un atto formale una persona si riconosce chiaramente sommessa a tal debito verso un altro, da più o meno lungo tempo, gli è chiaro che questa confessione dovrebb' essere perfettamente efficace, e che la presentazione di questo nuovo atto dovrebbe far prova intera, senza esservi bisogno di ricorrere all' atto primordiale: senza dubbio si possono esigere certe condizioni per l' efficacia del riconoscimento; si può domandare che non solamente l' importanza del debito, ma altresì la sua causa siano ben precisate, e rifiutare forza probante ad una dichiarazione troppo vaga. Senza dubbio, anche colui al quale si oppone un tale atto potrà, come in tutt' altro caso, pretendere che vi sia stato dolo, violenza, o errore; che in realtà il debito non ha mai esistito; che il debito è stato soddisfatto da lui, e che non ha pensato a ritirare il riconoscimento insieme all' atto primordiale. Ma egli è evidente, checchè ne dica il Demante (n. 819) che, quì come altrove, dovrebbe spettare al debitore di giustificare la sua allegazione, di abbattere la pruova risultante dall' atto da lui sottoscritto, e che dal momen-

to che il riconoscimento è abbastanza esplicito, e che niuna prova contraria viene a distruggerne la forza, non vi è alcun motivo ragionevole per togliergli la fede dovuta ad ogni confessione.

Ciò nondimeno, tanto fa il nostro articolo, dichiarando che, nei casi ordinarii, e tranne il caso particolare in cui l' atto ricognitivo riproducesse il contenuto dell' atto primordiale, quest' atto ricognitivo nulla proverà, e lascerà il creditore nella necessità di produrre il titolo originario, e nella completa impossibilità di fare la prova del suo dritto, se questo atto primordiale vien perduto. D'onde può venire una così strana disposizione, una regola così poco conforme alla ragione?...

Essa non ha altra causa, come abbiamo già detto, e come benissimo lo ha dimostrato il Toullier (VIII, n. 474-484 e n. 313-334), che un errore materiale del Pothier... Proviamo questa asserzione.

II. — Gli antichi canonisti decidevano che le conferme (fatte dai Papi, dai Sovrani, o Signori qualunque) di privilegi anteriormente conceduti, non avevano punto in generale, e quando erano concepite nei termini ordinarii, in *forma communi*, l' effetto di provare la concessione; che in regola tranne circostanze particolari tali atti dovevano riguardarsi come dati dai superiori senza nessuno esame di dritto, e perciò come senza importanza per sè stessi e non avendo valore che per la loro relazione con l' atto primitivo di concessione, la cui presentazione resterebbe così indispensabile; che era ben altrimenti, e che l' atto di conferma non poteva provare da sè solo, se non quando fosse stipulato con una redazione presentante qualche cosa di particolare, e in *forma speciali*, in termini esprimenti che la conferma era ben data con conoscenza di causa, *ex certa scientia*, e quindi col pensiero di fare di questo atto, al bisogno, un secondo titolo della liberalità. Così la presentazione dell' atto originario era necessaria, quando la conferma era *in forma communi*; essa non lo era, quando questa conferma era fatta *in forma speciali ex certa scientia*. Solo bisognava sapere a quali segni si riconoscerebbe questa ultima conferma. Dopo lunghe dispute su questo punto, si giunse a dire, che non si doveva considerare come tale che quella nella quale si era riprodotto il contenuto dell' atto di concessione !... La dottrina de' canonisti su queste conferme sì feodali restringeva dunque a dire, che la conferma fatta *communiter*, cioè a dire senza riproduzione del titolo di concessione, di nulla faceva pruova; e che la forza probante non era annessa che alla conferma data *ex certa scientia, specialiter*, val quanto dire con copia del titolo primordiale.

Questa dottrina era divenuta generale, quando il Dumoulin scrisse, e la riprodusse nel suo *Commentario della consuetudine di Parigi* (§ 8 n. 88).

Beninteso egli non l' applicò, come non si era sempre applicata, che alle conferme feodali, cioè a dire ai riconoscimenti, dati da un signore al suo vassallo, di privilegi anteriormente conceduti: e quando egli trattò di tutt' altro riconoscimento, insegnò, come si era sempre insegnato, ch' esse facevano piena pruova in mancanza del titolo primordiale. Così, per esempio, parlando (n. 83) del vassallo che avesse accettata una conferma dicendolo sommesso a taluni dritti a fronte del signore, egli dice, che se questo vassallo pretende non essere soggetto a tali dritti, *spetterà a lui provare l' errore* del riconoscimento ch' egli ha sottoscritto, (perchè se l' atto è una conferma del signore al vassallo, essa non ha più questo carattere, e non è che un riconoscimento ordinario del vassallo al signore); *tenetur probare et docere de errore recognitionis*. Così pure nel suo trattato *de usuris*, n. 210 dice, che il riconoscimento di un dritto di rendita fa per sè stesso *piena pruova* del dritto riconosciuto: *ipsa recognitio seu confessio juris reditus in se plenam fidem facit de jure confesso*; la differenza che intende sotto tal rapporto tra le *conferme* o ricognizioni feudali del signore benefattore verso il suo vassallo, e le ricognizioni ordinarie di un debitore verso il suo creditore, è anzi notata in modo specchiato nei suoi numeri 86-88 del *Comentario sulla Consuetudine*, chè dopo di aver detto al n. 86, che i riconoscimenti erronei fanno nondimeno pruova completa, finchè l' errore sia provato, comincia il n. 87 dicendo, ch' è tutt' altrimenti per le conferme, *secus de confirmationibus*.

Il Pothier arrestandosi inconsideratamente ad una sola frase del Dumoulin ha ritenuto per principio generale e comune a tutti i riconoscimenti la regola scritta specialmente ed esclusivamente per le conferme. « Il Dumoulin, ei dice (part. 4, cap. 1, art. 4) » distingue due specie di titoli *ricognitivi*, » o di *riconoscimenti*, quelli nella forma chia» mata *ex certa scientia* e quelli chiamati *in* » *forma communi*. I riconoscimenti *ex certa* » *scientia* da lui pur chiamati *in forma spe-* » *ciali*, son quelli in cui è riferito il tenore » del titolo primordiale. Essi equivalgono ad » un titolo primordiale, nel caso che fosse per» duto, ed in questo caso dispensano il credito» re dal produrlo. I riconoscimenti *in forma* » *communi* non confermano il titolo primor-

» diale se non in quanto esso è vero: punto » non ne provano l' esistenza, e non dispensano il creditore dal riferirlo ».

Quindi il Pothier credendo di riprodurre la dottrina del Dumoulin presenta come applicabile ai riconoscimenti ordinarii una regola che non concerneva se non le conferme feodali.

Ciò è tanto più strano, in quanto che, se avesse lette poche righe più sopra, avrebbe veduto che il passo da lui citato fa seguito ad una regola tutta diversa, fermata pei riconoscimenti ordinarii e che comincia con queste parole: *secus de confirmationibus*.

Ciò che non arreca minor meraviglia si è la citazione spezzata che fa seguito ad un altro passaggio del Dumoulin, sostando alla metà di una frase, e precisamente alle parole che dicono il contrario di quel ch' ei dice. «Del » resto egli continua, al § 18, gl. 1, n. » 19, è detto in generale dei riconoscimenti che *non interponuntur animo faciendae » novae obligationis, sed solum animo recognoscendi; unde simplex titulus novus non » est dispositorius.*» Ben è vero che il Dumoulin dice, ed a ragione, che le ricognizioni avendo per iscopo di riconoscere una obbligazione preesistente, e non di crearne una novella, ne segue che non sono dispositive, e che nel caso di differenza tra il riconoscimento e l' atto primordiale, bisogna seguir quest' ultimo; ma noi sappiamo pure, che il Dumoulin insegna nettamente che il riconoscimento fa pruova contro il debitore, finchè costui abbia presentato il titolo primordiale per abbattere questa pruova risultante dal riconoscimento, ed il Pothier che avrebbe potuto convincersene, ricorrendo a venti altri passaggi del Dumoulin, se ne sarebbe accorto dalla frase stessa che qui riproduce, se avesse letto le parole seguenti a quelle alle quali si è fermato. Il Dumoulin in fatto, dopo avere detto: il riconoscimento non può arrecare una nuova obbligazione, e non ha forza dispositiva, soggiunge immediatamente che ha forza dichiarativa; vale a dire *forza probante*, e che se non produce alcun nuovo effetto in quanto al merito dell' obbligazione, ne produce uno *in quanto alla pruova*, ed in quanto alla forza esecutiva: *unde simplex titulus novus non est dispositorius* (Pothier qui si ferma) SED DECLARATORIUS SEU PROBATORIUS... *nec aliquidde novo inducit circa substantiam obligationis*, SED BENE CIRCA PROBATIONEM ET VIM EXECUTIVAM.

I nostri redattori àn dunque commesso un grosso errore, quando àn pensato, che la dottrina dal Pothier attribuita al Dumoulin gli appartenesse daddovero, e riproducesse l' antico dritto a tal riguardo; e credendo di sostenere una regola da lunga pezza stabilita, hanno al contrario fermato un principio nuovo e non mai esistito tranne nell' immaginazione del Pothier. La corte di Lione è caduta in questo stesso errore, meno scusabile dopo l' opera del Toullier, giudicando con sua decisione del dì 8 dic. 1838 (Dev., 39, 11, 538) che gli antichi principii richiedevano, come il nostro art. 1337, la riproduzione del tenore del titolo primordiale nel riconoscimento.

III. — A torto dunque il Codice ha ricusato ogni forza probante ad un riconoscimento fatto in forma ordinaria, e non l' à accordata a quello che riproduce il tenore del titolo primordiale, o ad una serie di riconoscimenti conformi sostenuti dal possesso, e di cui uno avesse trent' anni di data.

In quest' ultimo punto i redattori, senza forse accorgersene, ànno anche esagerata la dottrina del Pothier: chè quest' ultimo accordava l' effetto di far pruova (salvo al debitore ad abbattere siffatta pruova con la presentazione del titolo primordiale), sia a parecchi riconoscimenti conformi, di cui uno fosse antico, sia ad un solo riconoscimento, antico e sostenuto da possesso, mentre che il nostro ultimo comma non attribuisce tal effetto al riconoscimento antico (vale a dire di 30 anni) che trovasi essere ad un tempo, e sostenuto dal possesso e accompagnato da uno o più riconoscimenti conformi.

Sicchè il Codice non ammette l' eccezione pel riconoscimento antico che mercè la riunione di due circostanze, mentre che secondo il Pothier ne bastava una sola (1).

A fronte di regole così poco ragionevoli, non deve recar meraviglia, che il Maleville stesso, tutto che fosse stato uno dei redattori ed avesse creduto che l' estensione, ai riconoscimenti ordinarii, del sistema delle conferme feudali fosse già fatta dal nostro antico dritto, esclama contro questo articolo: «Tutto ciò è ottimo, è utilissimo, rispet» to ai censi ed ai feudi; ma è molto dub» bio, se tali regole abbiano lo stesso carat» tere di equità rispetto agli altri crediti. — » Un riconoscimento è una confessione: or » non v' à maggior pruova che la confessio» ne dell' avversario. Ho forse bisogno di più » di una confessione del mio debitore per i-

(1) A torto dunque la corte di Pau con decisione del 30 genn. 1828 aveva giudicato, che la necessità di più riconoscimenti era un principio già esistente sotto l' antico dritto, ed al quale dovevano perciò sottoporsi le specie regolate dalle leggi anteriori al Codice. Ma questa stessa Corte ha riconosciuto il suo errore in una decisione del 14 agosto dello stesso anno, sostenuta in cassazione il 29 genn. 1829.

» stabilire il mio credito ? Senza dubbio se » il debitore pruova con la presentazione del » titolo primordiale che la somma dovuta è » è minore di quel ch' è detto nel riconoscimento, bisogna attenersi al titolo; ma » non ispetta al debitore a provare che evvi in » fatto un sopraccarico pel riconoscimento?»

IV. — Inoltre per quanto poco logica sia la disposizione del nostro articolo non si è men tenuti a sottomettervisi: *dura lex, sed lex*: quindi non sapremmo adottare la dottrina del Delvincourt, seguita dal Duranton (XIII-263) il quale vuole, che la forza probante del riconoscimento non sia soggetta alla relazione del tenore del titolo primordiale, se non quando questo riconoscimento è opposto ai terzi, p. es. ai creditori del debitore; ma non quando è invocato contro il debitore stesso, o i suoi eredi: questa distinzione è troppo evidentemente arbitraria per potersi ammettere.

Non sapremmo neppure adottare, tutto che violi meno apertamente la legge, la dottrina del Toullier (X-334) seguita dal Bonnier (n. 738), la quale consiste nel contentarsi della semplice menzione della sostanza dell'atto primordiale, invece di richiederne la relazione del tenore. Se è dritto del giureconsulto il criticare le disposizioni cattive, è suo dovere accettarle francamente col senso che la volontà legislativa ha inteso dar loro. Ora il Toullier stesso ci dice: «Gli è molto » verosimile, anzi pare *certo* che nella mente » degli autori del Codice, che avevano sott'occhio il Pothier da essi copiato, ed i passaggi » del Dumoulin che l'ànno indotto in errore, » le parole *il tenore specialmente riferitosi* rapportano alla conferma *speciale* dei canonisti, » per la quale era d'uopo della relazione *ad* » *longum* di tutto il tenore del titolo; *inserto* » *toto tenore tituli*». E non solo dagli antecedenti del nostro articolo apparisce siffatta volontà del legislatore, ma emana altresì dal confronto del nostro articolo con quello seguente, giusta il quale è sufficiente per l'atto confermativo che *vi si trovi la sostanza dell' obbligazione*, mentre qui è d'uopo che *il tenore del titolo sia riferito*. Or se questa volontà della legge è certa, come non si potrebbe non tenerne conto (1)?

V. — Ecco dunque le due regole risultanti dal nostro articolo.

L'atto di riconoscimento di un debito già constatato da un titolo precedente non fa pruova del debito, e non dispensa il creditore dal presentare il titolo originario che in due casi: 1. quando contenga la copia intera di esso titolo; 2. quando, avendo trent' anni di data, è per altro sostenuto dal possesso di uno o più altri riconoscimenti conformi. Ma bene inteso questa pruova non trovasi fatta che salvo il dritto pel debitore di provare, che il debito è minore di quanto è indicato nel riconoscimento o nei riconoscimenti; e questa nuova pruova, abbattendo la prima, risulterebbe sufficientemente dal titolo primordiale, contro il tenore del quale i titoli ricognitivi, per numerosi ed antichi che fossero, non possono mai prevalere, poichè non ànno per iscopo che di provar di nuovo e sostenere le disposizioni primitivamente fermate, e non di formarne delle nuove: *Non sunt dispositorii sed tantum probatorii*.

Questa seconda regola tanto logica, per quanto poco lo è la prima, esige due osservazioni importanti. La prima è che l'atto ricognitivo non perde così il suo valore, a fronte e per la contraddizione dell'atto primordiale, se non per quanto contiene di più, e non per quel che fosse un cangiamento in meno. La seconda si è che la regola applicasi unicamente all'atto che non è veramente se non ricognitivo.

Quindi, in pria, quando uno o più riconoscimenti mi presentano come debitore di una rendita di 900 fr. ed il titolo originale non ne attesti che una di 800, i 100 fr. che trovansi *in più* negli atti posteriori sono come non avvenuti. Del pari se l'atto ricognitivo mi presenti come debitore di un'annua prestazione di 12 botti di vino, ed io presenti il titolo primordiale, il quale non parla se non di dodici foglietti, io sarò discaricato dall'obbligo *diverso* e più grave, indicato dal secondo atto. Che se al contrario l'atto ricognitivo portasse una quantità minore, o una cosa differente in meno, sarebbe possibilissimo, che il titolo primordiale non primeggiasse: nel caso cioè che si fosse compita la prescrizione. In tal caso in fatti, non vi sarebbe neppur bisogno del-

(1) Il Bonnier cita in appoggio della dottrina di Toullier un arresto di rigetto del dì 11 giugno 1834 (Dev. 33. 1, 763) il quale non pertanto non la consacra affatto. L'arresto dice soltanto, ed a ragione, che una decisione della corte di appello non potrebbe essere cassata, quando non à dato forza probante ad un riconoscimento che dopo aver dichiarato, che le enunciazioni contenute in questo riconoscimento bastano per costituire *la relazione del tenore del titolo*. Egli è chiaro in fatti esser questo un punto di fatto, la cui valutazione è nel dominio delle corti di appello. — Per quanto concerne le regole, giusta le quali le corti di appello far dovrebbero siffatta valutazione, noi ben ammettiamo, come avea nella specie giudicato la corte di Nancy, che non si può rigorosamente richiedere una copia assolutamente testuale ed intera, ma altro è *la relazione del tenore di un atto*, anche intesa in un senso poco rigoroso, altro l'indicazione sommaria *dell' ammontare del debito e della data dell' atto* primordiale che il Toullier dichiara bastare.

l'atto ricognitivo per operare la liberazione parziale del debitore: questa liberazione sarebbe sufficientemente acquisita e provata, dacchè il debitore stabilisse (non fosse altro che presentando le sue quietanze) che da trent'anni ha pagato costantemente il debito meno considerevole, e non già quello maggiore, come indica l'atto primordiale.

Allorchè dunque il nostro secondo comma dichiara senza effetto quanto i riconoscimenti contengono di più del titolo primordiale, o quel che vi si trova di *differente*, non intende parlare che di quanto vi si trova di differente in più. Chè, ripetiamolo, ciò che fosse differente in meno, potrebbe esser forse efficace mercè la prescrizione. Questo senso del comma risulta chiaramente dal passaggio che si è copiato del Pothier: «Se, mercè il riconoscimento, il debitore si è riconosciuto obbligato a qualche cosa di più o di differente, presentando il titolo primordiale e facendo conoscere l'errore, ne sarà discaricato... quand'anche l'errore si trovasse in una lunga seguela di riconoscimenti... Se questi al contrario àn riconosciuto per meno di quanto è portato nel titolo, o se essi rimontano a trent' anni, il creditore presentando il titolo primordiale, non potrà pretendere più di quanto è portato nei riconoscimenti, perchè vi à prescrizione acquistata pel dippiù (1).

Diciamo inoltre, che il nostro secondo comma non si applica che agli atti i quali non sono realmente e rigorosamente che ricognitivi: chè se, ad onta della qualifica che si fosse data all'atto, e dei termini di cui si fosse fatto uso, fosse riconosciuto in fatto dal giudice, che le parti abbiano inteso modificare più o meno la loro posizione e fare, su di uno o più punti, alcun che di nuovo; egli è aperto che il titolo più non sarebbe soltanto ricognitivo ma primordiale, *non tantum probatorius sed dispositorius*, e che non sarebbe più soggetto alle regole del nostro articolo.

VI. — Quest'ultima osservazione ci mena all'indicazione di un mezzo più legale di quelli presentatici più sopra dal Delvincourt e dal Toullier, e nello stesso tempo più efficace di sfoggir spesso alla disposizione, contraria all'equità, del nostro articolo. Questo mezzo consiste in quanto che i tribunali potranno sempre decidere in fatto, che l'atto, ad onta della sua qualifica di ricognitivo, à avuto per iscopo, non già di riconoscere e mantenere l'antico titolo, ma di sostituirlo. In tal caso l'atto, giusta l'intenzione delle parti, riconosciuto in fatto dal giudice, trovasi essere un secondo atto primordiale del pari che il primo, il quale nel pensiero delle parti poteva essere soppresso, ed il nostro articolo già del tutto inapplicabile.

Un'ultima osservazione si è che il nostro articolo non essendo scritto nel Codice che per la pruova delle obbligazioni, se ne dovrà restringere l'applicazione al caso di dritti puramente personali, senza mai estenderla alla pruova di dritti reali. Tal è verosimilmente il pensiero del legislatore, poichè il nostro articolo parla della presentazione del titolo primordiale fatta *dal creditore*, e che l'art. 695 ci presenta il titolo ricognitivo come atto, in tutt'i casi e senza particolare condizione, *a sostituire* il titolo costitutivo in quanto concerne la servitù. Ma anche quando fossevi a dubitare su tal punto, la circostanza che il nostro articolo deroga al dritto comune, e deve quindi restringersi il più possibile, basterebbe a giustificare la nostra decisione.

Inoltre, se il riconoscimento che non riperta il tenore del titolo primordiale non fa pruova legale del debito e non dispensa il creditore dal presentare questo titolo primordiale, egli è aperto che non è privo interamente di valore, e che avrebbe sempre per effetto di interrompere la prescrizione.

2. Degli atti confermativi.

1338 [1392]. L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido che qualora vi si trovino la sostanza della stessa obbligazione, il motivo espresso dell' azione di rescissione, e la dichiarazione di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza d' atto di conferma o ratifica, basta che l' obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l' epoca in cui l' obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata.

(1) Noi qui facciamo dire al Pothier: «se i *riconoscimenti rimontano a trent' anni*». Tal non è precisamente la sua frase; ed abbiam qui modificato la sua redazione, potendo presentare un'idea molto inesatta. Pothier dice: Se v' à *più riconoscimenti conformi e che rimontano a trent' anni* » Potrebbesi credere che la circostanza di più riconoscimenti conformi debba necessariamente aggiungersi a quella del decorrimento di trent'anni, perchè il titolo primordiale sia senza forza contro il debitore in quanto contiene di più. Sarebbe un errore, poichè, siccome abbiam già detto, e lo fanno pure notare il Duranton (n. 262) e il Bonnier (n. 740) la liberazione parziale del debitore risulta allora dal fatto della prescrizione, di tal che è indifferente che siavi più riconoscimenti, o che non ne sia un solo (e sarebbe altresì indifferente che non ve ne fosse alcuno).

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria secondo le forme e l'epoche determinate dalla legge, producono la rinunzia ai mezzi ed all'eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, senza pregiudizio però del diritto dei terzi.

SOMMARIO

I. Che cosa è la conferma delle obbligazioni. Essa non è possibile per l'obbligazione che non esiste: Errore del Merlin, del Delvincourt, del Toullier e del Duvergier.
II. Essa ha luogo benissimo per l'obbligazioni naturali: errore dello Zachariae.
III. Delle due specie di conferma, espressa e tacita.
IV. Pruova della conferma.

I. — I redattori, come abbiamo già fatto osservare, hanno qui confuso, trattando della pruova, le regole sulla natura e gli effetti della conferma delle obbligazioni, con le regole secondo le quali questa conferma può essere provata. Confirmare una obbligazione, è cancellare i vizii da cui essa era colpita, rinunziando ad invocare le cause di annullamento che si potevano far valere contro di essa. La conferma non è dunque possibile che per le obbligazioni annullabili, e non per quelle che fossero propriamente nulle, inesistenti. La ragione dice abbastanza chiaro, che non si può fortificare, riparare, corroborare di qualsiasi maniera una cosa che non esiste per nulla: il nulla non può essere nè confirmato, nè distrutto, *quod nullum est confirmare nequit*. È sorprendente che il Merlin (quest., v. *ratif.*) il Delvincourt, il Toullier (VI-180) ed anche l'annotatore di lui, il Duvergier (ad onta dei schiarimenti arrecati in questi ultimi tempi sulla materia delle nullità) non l'abbiano compreso: che abbiano tutti confusa l'azione tendente a far riconoscere e *constatare la non esistenza di un atto*, con quella che tende a *fare distruggere un atto vizioso*; e che sieno venuti ad insegnare, che si può ratificare l'obbligazione propriamente nulla, del pari che l'obbligazione annullabile!... Il nostro articolo non ammette e non poteva ammettere la conferma che per le obbligazioni contro le quali la legge organizza l'azione di nullità o di rescissione; ora, noi abbiamo stabilito, nel principio della azione dell'azione di nullità, che questa azione non può esistere, nè esiste in effetti, che per le obbligazioni *annullabili* soltanto.

Questa impossibilità d'una conferma per le obbligazioni che fossero propriamente nulle, è stata nettamente riconosciuta da'lavori preparatorii, e la volontà del legislatore a tal riguardo non potrebbe essere dubbia. In fatti, la redazione attuale del nostro articolo non è stata adottata che su questa osservazione del Tribunato. « Si osserva che nulla è più vago che la redazione precedente). Ciò sarebbe una sorgente di arbitrio e d'incertezza. . . Fa uopo d'una disposizione concepita in modo che la linea di demarcazione sia chiaramente tracciata fra le nullità irreparabili, e quelle a cui si può riparare».

Poi, dopo aver dato come esempio di atti che *non potevano mai essere validati*, perchè *considerati dalla legge come non mai esistiti*, la obbligazione d'un ragazzo che non ha ancora la ragione, e quella che fosse contratta per una causa illecita, si aggiunge: « non è così però delle obbligazioni contratte dal minore dall'interdetto o dalla donna maritata, la legge non le dichiara nulle di dritto (Fenet, t. XIII, p. 167)» Su questa osservazione il nostro articolo è stato redatto in modo da far comprendere, che la conferma non è possibile che per l'obbligazione *contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione*, e non per quella che, non avendo esistenza legale, resta sempre inefficace senza aver bisogno di essere impugnata in un termine determinato—Indi, il rapporto del Tribunato, dopo aver parlato delle dispute, di cui questa materia era stata oggetto nell'antico dritto, aggiunge pure: «Una idea vera e semplice si è che non si può confirmare e ratificare, che ciò che realmente esiste (ibid. p 394). L'errore contrario è similmente condannato dalla giurisprudenza (1).

Onde in tutti i casi in cui la convenzione non sarà formata, sia per manco di consenso, sia per causa falsa o illecita, sia altrimenti, non vi è a parlare di conferma; la pretesa conferma che il debitore dichiarasse fare, sarebbe completamente non avvenuta; e il solo mezzo di giungere allo scopo, mezzo ben semplice d'altronde, sarebbe di formare una nuova obbligazione. Tanto abbiam noi provato, particolarmente per le obbligazioni su causa illecita spiegando l'articolo 1304 (n. IV. comma 3), dove abbiam rilevato l'errore del Toullier, del Duvergier e dello Zachariae: questo errore è tanto più certo che le osservazioni, le quali hanno recato il cambiamento di redazione del nostro articolo, presentano precisamente, come or si è veduto, il caso di causa illecita, come uno dei più sorprendenti di quelli, in cui la conferma non è possibile.

Fra le obbligazioni inesistenti, e per le quali non vi ha luogo a conferma, ma solo alla nuova formazione dell'obbligo, si trovano pure

(1) Segnatamente, rigct. 9 giugno 1812; Bordeaux, 21 Dicembre 1811 (Dev., 41, 2, 336).

quelle che si volessero far risultare da un atto non firmato dalle parti, come abbiamo spiegato all'art. 1318, n. III *in fine*.

II. — Bisogna dunque assimilare alle obbligazioni non esistenti, e dichiarare non suscettibili di ratifica le obbligazioni semplicemente naturali? Lo Zachariae (II, p. 451) insegna l'affermativa, che sembra consacrare implicitamente un arresto di rigetto del 25 ottobre 1808; ma il Toullier (VI-391) professa la negativa ed in fatti in quest'ultimo senso la quistione deve esser risoluta.

Abbiamo veduto che l'obbligazione naturale, molto mal compresa per lungo tempo, è quella cui la legge civile, dopo averle rifiutato da principio l'ordinaria efficacia, sanziona di poi per effetto di qualche circostanza contenente per parte del debitore la confessione del valore reale del debito (art. 1235, n. II). Ora, questa confessione del debitore non esiste essa forse nella conferma ch'egli fa della sua obbligazione?... Come dunque l'obbligazione naturale non sarebbe poi suscettibile di essere confirmata, quando, per confessione di tutti, dello Zachariae medesimo (II, p. 390) è perfettamente suscettibile di novazione?.. Che la giurisprudenza non abbia ciò ben capito nel 1808, quando non si aveva ancora una giusta idea dell'obbligazione naturale; ch'essa siasi mostrata severa verso le obbligazioni naturali, e ne abbia ristretto gli effetti il più possibile, quando si allogavano in questa classe le stesse obbligazioni riprovate dalla legge, come contrarie all'ordine pubblico, ciò si comprende, ma oggi che numerosi arresti hanno proclamata la vera natura di questa obbligazione, la nostra dottrina non può fare difficoltà innanzi ai tribunali.

In merito, e rigorosamente parlando, è vero il dire che non si dà mai effetto che ad una obbligazione civile e che l'obbligazione naturale, la quale resta inefficace e legalmente inesistente finchè non è che naturale, non acquista valore, e non è riconosciuta per essere stata una obbligazione naturale che al momento stesso in cui diviene una obbligazione civile.

Il dualismo, che esisteva a Roma tra l'obbligazione civile, e l'obbligazione naturale, non esiste e non poteva più esistere nel nostro codice: ben esiste fino ad un certo punto nelle parole, ma non già nella realtà delle cose, finchè una obbligazione che esiste naturalmente, vale a dire in coscienza e giusta le regole dell'equità, non esiste in dritto; gli è unicamente perchè il legislatore punto non sa che esiste in coscienza; dacchè il legislatore la crede valida in equità, la dichiara valida in dritto, e trovasi in conseguenza obbligazione civile. Ma ora evvi pure qualche cosa che possa manifestare il valore che l'obbligo avea in equità con maggior energia della ratifica regolare del debito?

Il Toullier dice adunque con molta ragione e che un atto di conferma conferisce ad un'obbligazione naturale tutta la forza di un'obbligazione civile. » Lo Zachariae (II, p. 259) critica questa dottrina del Toullier.

Egli pretende che, anche per l'esecuzione volontaria del debitore, l'obbligazione naturale non si trasforma in obbligazione civile, e ne assegna per ragione, che l'esecuzione volontaria di una parte non permetterebbe al creditore di agire per costringere il debitore all'esecuzione dell'altra parte dell'obbligazione. Quest'ultima idea è esattissima, ma non è la conseguenza del preteso principio, da cui lo Zachariae la fa derivare. Essa è la conseguenza di quest'altro principio semplicissimo che, se l'esecuzione pruova la realtà del debito e lo rende debito civile; non produce ben inteso quest'effetto che nei limiti nei quali à luogo: quando Pietro pretende ch'io gli debbo 1000 fr. ed io, senza poter essere astretto a nulla pagargli, consento a dargli 600 fr., ben riconosco con ciò che gli doveva i 600 fr., ma non riconosco però dovergli pure gli altri 400 fr. L'esecuzione volontaria, come la ratifica formale, come la novazione, non possono evidentemente aver il loro effetto che nei limiti nei quali ànno avuto luogo: ma quest'effetto è necessariamente di rendere civilmente obbligatorio il debito che punto non lo era. Ciò è evidente, chè in fin dei conti se i 600 fr. ch'io ho pagati non fossero dalla legge riconosciuti esser da me dovuti, la legge mi permetterebbe di ripeterli come indebitamente dati: or se la legge positiva, *il dritto civile*, li dichiara dovuti, trovansi dunque *civilmente* dovuti; il debito si è provato *debito civile* pel pagamento che ne ho io consentito, con la confessione da me fatta dalla lealtà di questo debito sino alla concorrenza di 600 fr.

La conferma dell'obbligo naturale sarà dunque efficace, come lo è la sua novazione; soltanto potrebbesi dire che, rigorosamente parlando, la parola *conferma* non è esatta in questo caso. Chè la conferma propriamente detta è la validazione di un'obbligazione viziosa ma civilmente esistente, mentre la conferma di cui qui trattasi à per effetto di dare l'esistenza civile all'obbligo al quale la legge l'aveva ricusato, per un errore cui fa riconoscere la confessione del debitore. Ma non è mai vero, che le cause che possono confermare l'obbligazione civile annullabile, possono altresì far rivivere l'obbligazione naturale.

III. — La conferma è espressa o tacita. È

espressa quando àvvi formale dichiarazione del debitore. La conferma tacita risulta da qualunque circostanza atta a manifestare la volontà di questo debitore di validare l'obbligo annullabile al quale è sottoposto.

La circostanza più notevole è evidentemente l'esecuzione stessa dell'obbligazione, purchè sia fatta con riconoscimento del vizio di essa obbligazione, e nell'intenzione di ripararlo. Si comprende in fatti, che questa condizione è del pari necessaria nella conferma tacita che nella espressa, e che una esecuzione fatta nell'ignoranza del dritto che aveasi di fare annullare, non potrebbe costituire una rinunzia ad esso il dritto. Questo punto, evidente di per sè stesso, è per altro riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Bisogna inoltre, ben inteso che l'esecuzione o il fatto qualunque da cui vogliasi indurre la ratifica, o infine la dichiarazione che pretendasi costituire la conferma espressa, siansi adempite in un'epoca in cui il debitore aveva tutta la capacità, ed altresì senza alcuna delle cause che fanno annullare le convenzioni, poichè senza di ciò la conferma non avrebbe maggior valore delle obbligazione stessa.

IV.—Per quanto concerne la pruova della conferma,essa va sottoposta alle regole generali,eccetto quando è fatta per iscritto,caso in cui si applica la regola del 1.° comma del nostro articolo. Così in tutti i casi di tacita conferma, e al di sotto di 150 fr. nella conferma espressa, la pruova può farsi per testimonii e per via di semplici presunzioni. Tranne questo caso, evvi d'uopo di uno scritto, sia autentico, sia privato; ma in mancanza di tale scritto, la pruova sarebbe benissimo fatta mercè la confessione del debitore, segnatamente col suo giuramento; ed un principio di pruova per iscritto autorizzerebbe l'ammissione della pruova testimoniale e delle presunzioni.

Ma quando trattasi di provare per iscritto, la legge si allontana dal dritto comune, e l'atto, per aver forza probante, deve presentare la sostanza dell'obbligazione, l'indicazione della causa o di ciascuna delle cause per le quali la si poteva fare annullare, e la dichiarazione della volontà del debitore di cancellare questa causa o queste cause di nullità. Così l'atto confermativo, nel quale io mi contenterò di dire, in generale, che intendo validare la vendita da me fatta della mia casa, e rinunziare a tutti i mezzi di nullità o di rescissione che mi sono aperti contro di essa, non sarebbe una sufficiente pruova di ratifica, col manco di aver precisato il vizio o i vizii che permettevano l'annullamento del contratto. La legge vuole che la ratifica si faccia ponderatamente, con conoscenza di causa, e da una parte la quale ben sappia a che cosa essa rinunzia, e per esser certa dell'esistenza di queste condizioni, ne richiede la espressione nell'atto medesimo. Del resto, se l'atto che non contenesse tutte le menzioni volute rendesse verosimile agli occhi dei magistrati il fatto, che la ratifica si è veramente data con conoscenza di causa (il che accadrà spesso) costituirebbe un principio di pruova per iscritto, mercè il quale si dovrebbe autorizzare l'avversario a provare con testimonii e con presunzioni, che tale conoscenza infatti esisteva (art. 1347 e 1352).

Dappoichè s'appartiene al creditore, anche nel caso, in cui presentasse un atto contenente espressa conferma, ma senza specificare il vizio che si è inteso coprire, di stabilire che il debitore ha ben conosciuto tale vizio ed à inteso ripararlo, a più forte ragione spetterebbe a lui di fare questa stessa giustificazione, nel caso in cui si argomentasse soltanto da una tacita ratifica risultante dall'esecuzione: la dottrina contraria del Toullier (VIII 519), del Merlin (Quist. v. Ratif.§ 5) e del R. de Villargues (v. *Ratif.* n. 58), ci sembra come allo Zachariae (II, p.456) un errore certo. Chè se il semplice fatto dell'esecuzione doveva far presumere, senza bisogno di provarli, la conoscenza del vizio dell'obbligazione e la volontà di ripararlo, è chiaro che una tale presunzione risulterebbe con maggior forza dall'atto che il debitore à dichiarato sottoscrivere espressamente per confermare il suo obbligo, e che la legge avrebbe ammesso quest'atto come pruova completa della ratifica, senza esigere specialmente l'enunciazione del mezzo di nullità al quale s'intende di rinunziare... Anche a fronte di una conferma formale, la legge non la considera come provata, che mercè la giustificazione di tali circostanze,ma poichè questa giustificazione fa parte integrante della ratifica, e quest'ultima deve farsi dal creditore, la nostra quistione non potrebbe dunque esser dubbia.

Si comprende dunque che la pruova di cui trattasi potendo attingersi nella pruova testimoniale e quindi in semplici presunzioni, essa potrebbe benissimo in taluni casi risultare dalla natura stessa del vizio che presentava l'obbligazione e dall'esecuzione fattane. Così p.es. l'obligo era annullabile per violenza, e consti che il debitore à eseguito con perfetta libertà, è ben evidente che il vizio non poteva ignorarsi da

(1) Rig., 5 dic. 1826; Grenoble, 8 magg. 1835 e 15 nov. 1837; cass. di una decisione della Corte di Algieri 9 mag. 1812; Riom 16 magg. 1841, (D. v. e Car. 35, II, 554; 38, II, 180; 42, 1, 363, e II, 360).

lui, e che il fatto dell'esecuzione prova da sè la volontà in cui è stato di rinunziare a tale causa di annullamento.

V. — L'ultimo comma del nostro articolo si occupa dell'effetto della ratifica, vuoi espressa, vuoi tacita. Quest'effetto come si è già detto è di rendere l'atto, dapprima vizioso, pienamente inattaccabile (in quanto ai punti, beninteso, sui quali versava la ratifica) e di mettere così il debitore nella impossibilità di far valere, sia da attore, sia da convenuto, le cause di annullamento che avrebbe potuto invocare prima della sua rinunzia. L'effetto della conferma è dunque essenzialmente retroattivo, perchè si tratta di un'obbligazione ch'era *ab initio* esistente e poteva soltanto divenire nulla, in seguito del vizio che la conferma à riparato.

Ma la conferma non può avere il suo effetto che *senza pregiudizio del dritto dei terzi*, val quanto dire che non potrà mai, come l'à fatto osservare il Tribunato, domandando l'aggiunzione di queste ultime parole (Fenet, t. VIII, p. 168), nuocere ai dritti che i terzi avessero acquistato nell'intervallo dall'atto annullabile alla conferma che se n'è fatta; dritti che questa conferma annienterebbe se le si dasse effetto. Così, quando, dopo aver sottoscritto in minoretà a prò di Pietro la vendita del mio immobile, io ho, divenuto maggiore, consentito a Paolo una nuova vendita del medesimo fondo, o un dritto reale su di esso fondo, la ratifica ch'io facessi in seguito della prima vendita sarebbe inefficace riguardo a Paolo, il quale potrebbe sempre, agendo nei termini dell'art. 1304, fare pronunziare l'annullamento in quanto a lui della vendita illegalmente fatta, per mantenere il suo dritto di proprietà, di servitù, o d'ipoteca, come se la ratifica non avesse avuto luogo.

Sarebbe ben altrimenti pei terzi che non avessero acquistato che semplici crediti contro la mia persona, poichè i loro crediti non mi toglierebbero il dritto di disporre dei miei beni, e perciò potrei consentire con molta validità a Pietro una nuova vendita che li priverebbe di ogni azione sull'immobile; dacchè io posso togliere ai miei creditori la garanzia di questo immobile con una novella alienazione, non v'à ragione perch'io non possa farlo con una ratifica dell'alienazione primitiva. I dritti che si tratta di qui proteggere sono quelli i quali, non potendo essere colpiti da un'alienazione, cadrebbero innanzi l'effetto retroattivo di una conferma. Tali creditori non potrebbero dunque criticare siffatta conferma che giusta i principii generali, e com'essi potrebbero fare per tutt' altro atto del loro debitore, vale a dire provando ch'essa à trattato seco l'insolvibilità di questo debitore, e che si è fatta fraudolentemente (V. art. 1167).

Terminiamo questa spiega con due osservazioni che non sono senza utilità. La prima si è che la conferma non venendo a formare una convenzione, ma soltanto a consolidarne una preesistente ed annullabile nell'interesse di una delle parti, non richiede affatto il concorso di esse parti, e si trova perfetta per la sola volontà del debitore che poteva fare annullare, poich'essa presenta unicamente (e non presenta che per una delle parti) un supplemento di volontà che si congiunge alla volontà legalmente bastevole dell'altra parte, egli è aperto che questa non à bisogno d'intervenirvi. Non può dunque esser quistione di esigere uno scritto in doppio. — La seconda, più semplice ancora, sebbene l'abbiam veduto talvolta sfuggita ai legisti, si è che la conferma o la ratifica di cui qui trattasi non deve confondersi con la ratifica che consiste in accettare per nostro conto l'obbligazione che un terzo avea contratto in nome nostro. Egli è evidente che quest'ultima specie di ratifica non è per nulla sottoposta alle regole del nostro articolo.

1339 [1293]. Il donante non può sanare con verun atto confermativo i vizj d'una donazione fra vivi, nulla per le forme; deve essa necessariamente essere fatta di nuovo nelle forme legali.

1340 [1294]. La conferma, ratifica o esecuzione volontaria d'una donazione per parte degli eredi o aventi causa dal donante, dopo la sua morte, inducono la loro rinunzia ad opporre i vizj delle forme e qualunque altra eccezione.

SOMMARIO

I. Difficoltà che presentano questi articoli. Viziosa interpetrazione del Merlin, del Toullier, del Duvergier, dello Zachariae e del Duranton.
II. Teorica di queste due disposizioni: entrambe presentano l'applicazione dei principii.
III. La regola dell'art. 1340 non trae qui seco applicazione dell'art. 1334.
IV. I due articoli si applicano eziandio ai testamenti. —Rinvio per un errore del Toullier.

I. — Questi due articoli si riducono a dire che una donazione, nulla in quanto alla forma, non può mai confermarsi dal donante, il quale non abbia altro mezzo di assicurare il suo effetto alla liberalità che facendo una nuova donazione: mentre che può esserlo

efficacemente dagli eredi o altri aventi causa di esso donante, dopo la di lui morte.

Che la donazione, nulla pel manco delle forme volute, non possa ratificarsi dal donante, ciò sembra chiarissimo, poichè la donazione è uno degli atti nei quali la forma è richiesta, non solo per la validità della disposizione, ma per la sua legale esistenza: è uno dei casi in cui la forma dà l'essere alla cosa; *forma dat esse rei*. La regola dell'art. 1339 non apparisce dunque che come l'applicazione del principio, che non si può ratificare un'obbligazione inesistente. Ma come spiegare l'art. 1340? Se la donazione di cui trattasi è legalmente inesistente, come può dunque ratificarsi dall'erede del donante? La dottrina degli autori è lungi dall'essere soddisfacente su tal punto.

Il Toullier, il Merlin, il Delvincourt e il Duvergier spiegano facilmente quest'art. 1340. Fermando per principio che gli atti propriamente nulli ed inesistenti possono confermarsi al pari degli atti semplicemente annullabili, è chiarissimo che la donazione legalmente inesistente per manco di forma, possa ratificarsi dagli eredi: più non è se se non l'applicazione generale di una regola alla quale l'art. 1339 sottrae il donante per un particolare motivo. Ma si è veduto all'articolo precedente che questo preteso principio non è che un grosso errore, contrario e alla volontà certa del legislatore, e alla ragione.

Lo Zachariae (II, p. 453) professa pure che l'art. 1339 è una disposizione tutta eccezionale e che l'art. 1340 non è che l'applicazione del dritto comune, solamente invece di far capo del principio che gli atti inesistenti sono confermabili come gli altri; principio ch'egli riconosce falso; insegna che la donazione, nulla per mancanza di forma non è inesistente, ma soltanto annullabile. Disgraziatamente questa seconda idea non è più esatta della prima, poichè niuno oserebbe sostenere, per esempio, che la donazione che io avessi fatta della mia casa con un atto privato dovesse essere attaccata ne' dieci anni e ch'essa rimarrebbe valida, in mancanza d'un annullamento pronunziato in questo spazio. Egli è chiaro che non v'ha luogo d'annullare una tal disposizione, e ch'essa è nulla per sè medesima.

Il Duranton presenta su questo punto una teoria che non è teoria. Egli riconosce da principio che non *si possono confermare le obbligazioni nulle di pieno dritto* e di natura da non produrre alcuno effetto (XIII-271) egli ammette egualmente (n. 290) che l'art. 1339 è una applicazione di questo principio, poichè i vizii della forma producono, in materia di donazione, una nullità radicale, poi quand'egli segue a spiegare l'art. 1340, si contenta di dire (n. 291) che « siccome gli eredi del donante sono generalmente più inclinati a criticare le sue liberalità di quel che lo sia egli stesso, si è pensato che, se essi le confirmassero, *è perchè avrebbero delle buone ragioni per farlo* » ma se la donazione, nulla per vizio di forma, è legalmente inesistente, come l'ammette il Duranton, in qual modo può ella essar confermata dagli eredi del donante piuttosto che dal donante stesso? Che cosa importa che questi eredi abbiano o no delle buone ragioni per confermare, se la confirma è impossibile *ipsa natura*? Innanzi tutto bisognava ricercare, se e come la confirma, impossibile pel donante, diviene possibile pe'suoi successori.

Altri giureconsulti han dato dall'art. 1340 una ultima spiega che non è più accettabile delle due precedenti. Essi dicono che, quando l'erede del donante esegue o dichiara la donazione del suo autore, non vi è in ciò precisamente una confirma che renda la donazione valevole, ma soltanto una rinunzia ai beni che questo erede poteva ritenere o riprendere, e l'obbligazione di lasciare godere il donatario, *come se* la donazione fosse divenuta valevole.

Ma se fosse davvero così, se la donazione non fosse confirmata e restasse legalmente inesistente, a qual titolo il donatario si troverebbe egli dunque proprietario dei beni? Bisognerebbe allora dire che questi beni gli sono stati trasmessi, non già dal defunto donante ma dall'erede: e come la disposizione fatta da questo erede sarebbe a titolo gratuito, si ricadrebbe pure nel risultato che si voleva evitare d'una donazione operantesi validamente per mezzo di atti privati o d'una semplice tradizione anche avente per oggetto degli immobili. Evidentemente, non val la pena di fare un tal giro, e dire che ciò che la legge chiama una confirma, non è tale per ritornare definitivamente allo stesso punto, e trovarsi a fronte d'una donazione che bisogna riconoscere legalmente efficace, quando i principii la dichiarano legalmente inesistente.

Ma qual'è dunque la teoria del nostro art. 1340; e come, ripetiamo, si può spiegare che la confirma, impossibile *ipsa natura* pel donante, divenga possibile pel suo erede? Noi pensiamo col Demante (II-825), che ciò si spiega con l'idea di una obbligazione naturale che la ratifica dell'erede trasforma in obbligazione civile. Questa idea che il Demante presenta troppo sommariamente per poterla far comprendere, domanda qui qualche sviluppo.

II.—Si è già veduto che l'obbligazione naturale è quella che veramente esiste in coscienza, benchè all'insaputa della legge (che la crede senza fondamento, è perciò ricusa di riconoscerla) e che sarà sanzionata dal legislatore, tostochè una confessione del debitore verrà a manifestarne la realtà e la giustizia. Si è parimenti veduto che non può mai esservi obbligazione naturale nell'obbligazione che la legge, non contenta di non riconoscere, giunge a proibire; perchè in effetti se la legge può offrire la sua sanzione all'obbligazione che non le era dapprima sufficientemente conosciuta, e che conosce meglio in appresso, essa non può offrirla egualmente a quella che sa positivamente contraria alle sue prescrizioni. In una parola l'obbligazione naturale è quella che, senza essere attualmente sanzionata dalla legge, è nondimeno suscettibile di esserlo; ora non si può evidentemente riconoscere questo carattere all'obbligazione che la legge colpisce di proscrizione.

Ciò stabilito, egli è chiaro che la donazione, fatta senza seguire le forme volute, non potrebbe contenere una obbligazione naturale pel donante, poichè vi era proibizione a costui di dare senza questa forma. Per gli eredi del donante, è ben altrimenti. Non si può loro rimproverare alcuna infrazione alla legge, e per conseguenza l'obbligazione che lor trasmette l'autore, può secondo i casi essere per essi un'obbligazione naturale. Se questi eredi, nell'interesse de' quali specialmente la legge aveva richiesto le forme che l'autore ha omesse, pensano essi stessi che la donazione è giusta e ragionevole, e se un atto di ratifica od esecuzione manifesta il lor pensiero a tal riguardo, la legge doveva evidentemente rispettare l'obbligazione che essi proclamano rispettabile.

L'art. 1340 non è dunque in riassunto, come l'art. 1339, che l'applicazione dei principii, quando dice che la ratifica o l'esecuzione della donazione per parte degli eredi del donante, rende questi eredi non ricevibili a far valere i difetti di forma del pari che tutt'altro mezzo di nullità. Del resto, perchè la ratifica degli eredi produca questo effetto, bisogna ch'essa sia fatta dopo la morte del donante, poichè se succede in sua vita che gli eredi rinunziassero a criticare più tardi la donazione, la loro promessa sarebbe nulla, presentando una stipulazione sopra una successione futura (art. 1130).

III — Ma non perchè una donazione nulla nella forma, può così, dopo la morte del donante trovarsi efficacemente ratificata dai rappresentanti di costui, si deve conchiudere che questa donazione si troverebbe egualmento validata dal silenzio che questi eredi serbassero per dieci anni dall'epoca della morte; poichè questo silenzio di dieci anni non rende inattacabile (art. 1304) che gli atti annullabili, e noi abbiamo osservato che la donazione di cui si tratta non è solamente annullabile; ma legalmente inesistente. La ratifica espressa degli eredi o la ratifica tacita, risultante dalla loro esecuzione volontaria, prova che l'obbligazione, presunta inesistente dalla legge, esisteva in coscienza, e lo fa acquistare l'efficacia civile: ma è ben chiaro, che lo stesso effetto non potrebbe essere prodotto che dal semplice silenzio di questi eredi. Legalmente inesistente alla morte del donante, l'obbligazione resta necessariamente tale, finchè gli eredi non vengono a proclamarne la validità; e per conseguenza questi eredi saranno sempre ascoltati, in qualsiasi epoca verranno ad invocare la nullità.

Allorchè diciamo in qualsiasi epoca, si comprende che vi è una distinzione, spiegata già al n. III dell'art. 1304. Se non trattasi per questi eredi che di respingere l'azione, per la quale il donatario vorrebbe farsi mettere in possesso, la proposizione è assolutamente vera: ma se per contrario debbono agire contro un donatario che possiede l'oggetto irregolarmente donato, la loro azione dovrebbe essere intentata prima di trenta anni dal possesso del donatario, senza di che questi sarebbe divenuto proprietario, non per effetto della donazione, ma per effetto della prescrizione (salvo ben inteso le sospensioni di questa prescrizione per minorità o altra causa).

IV. — Sebbene i nostri articoli non sieno scritti per la donazione tra vivi, egli è evidente che si applicheranno anche ai testamenti. Un testamento nullo per difetto di forme, e per conseguenza senza esistenza legale, non può essere ratificato dal testatore, che non avrebbe altro mezzo che di rifare un testamento nuovo: e quanto ai rappresentanti del disponente gli è chiaro, che la loro ratifica espressa o la ratifica tacita risultante dalla loro esecuzione, produrrebbe lo stesso effetto per questo testamento che per una donazione.

Ricordiamo infine (ciò che si vede abbastanza, del resto, dal contesto de' tre articoli 1338-1340), che l'art. 1339 intende anche parlare della ratifica tacita risultante dalla esecuzione che la ratifica esprime, e che tutte due sono comprese sotto la espressione di *atto confermativo*. Noi l'abbiamo provato nel n. II dell'art. 932 confutando la dottrina contraria del Toullier, respinta dagli autori e dagli arresti.

SEZIONE II.

DELLA PRUOVA TESTIMONIALE.

De' testimoni compiacenti, sembra sventuratamente facile ad ottenersi ; e se i nostri padri ripetevano già questo adagio riportato da Loiseul *qui mieux abreuve, mieux preuve*, non è forse nel nostro secolo che l' influenza della tavola o altra più potente di questa, debbano sembrare a temersi meno. Checchè ne sia, il nostro legislatore ha diffidato dei testimonii, e la presunzione che prende di autorizzare gli avvocati ad allontanare dalla discussione tutti quelli che hanno bevuto o mangiato a speso del suo avversario (art. 283 C. pr.) non gli sembra bastevole per ammettere assolutamente la pruova testimoniale.

Da un altro lato, e non supponendo che testimoni coscienziosi, e veridici, la proscrizione della pruova testimoniale è sembrato un eccellente mezzo di evitare mille contestazioni ruinose. L' ordinanza di Moulins del 1556, la quale portò la prima le disposizioni, confermate in seguito dall' ordinanza del 1667 e riprodotte dalla nostra sezione, diceva ch' esse eran fermate «per owiare ai » moltiplici fatti che più sopra abbiam ve» duti, posti in giudizio, soggetti a pruova » di testimoni e ripulsa di costoro, da cui » derivano parecchi inconvenienti ed invo» luzioni di cause (1) ».

Sicchè da una banda la tema di subornazione dei testimonii, e dall' altra il desiderio d' impedire la moltiplicità delle cause, sono stati il doppio motivo che à fatto proibire, almeno per massima, la pruova testimoniale. A torto dunque il Duranton (XIII-321-323) e il Demante (II-826) assegnano a tal principio sol la prima di queste due cause (*V.* art. 1341, n. 1, e 1341 n. V.).

Studieremo in pria questa proibizione negli articoli 1341-1346, per indi esaminare agli articoli 1347 e 1348 l' eccezioni che comporta.

§ 1.

Proibizione della pruova testimoniale.

1341 [1295]. Deve stendersi un atto per mezzo di notaro, o per iscrittura privata sopra qualunque cosa la quale ecceda la somma o il valore di cento cinquanta lire, quand' anche si tratti di depositi volontarj, e non è ammessa veruna pruova per mezzo di testimonj tanto contro, quanto in aggiunta al contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o valore minore di cento cinquanta lire.

Resta però in vigore quanto è prescritto nelle leggi relative al commercio.

SOMMARIO

I. L' articolo presenta due principii, e una eccezione ad entrambi. — 1.° *Principio* la redazione di uno scritto richiedesi tutte le volte che trattasi di un interesse eccedente 150 fr. Critica della dottrina del Toullier e del Bonnier. Errore di due arresti.

II. Lo scritto non richiedesi che per la pruova: non già dalla cifra della domanda, ma dal vero ammontare dell' interesse, si determina l' ammessibilità o inammessibilità della testimonianza. Inesattezza del Duranton.

III. Quando il dritto reclamato si fonda su di un pagamento contestato, non è a considerarsi la cifra della somma pagata. Errore di fatto del Delvincourt e dello Zachariae.

IV. 2. *Principio* : anche per un interesse non eccedente 150 fr., dacchè esso è constatato da uno scritto, non si può provare con testimoni che vengano a contraddire, o estendere le enunciazioni di tali scritti.

V. In altri termini non si può con esempii testimonianze recare alcuna modifica al contenuto dello scritto. Ma la proibizione non si applica che alle modifiche errore del Merlin e del Favard.

VI. Continuazione. Precisione del principio... esso non impedisce di ricorrere alle testimonianze per interpetrare lo scritto.—Rinvio per l'eccezione apportata ai principii.

I. — Quest' articolo ferma nel suo primo comma due principii, a ciascuno de' quali il 2° comma annunzia una eccezione ; e più in là vedremo non esser la sola.

Il primo principio, molto più lungo a spiegarsi del secondo, e di cui gli articoli 1342-1346 non sono che lo sviluppo o la sanzione, consiste nel doversi redigere uno scritto per tutto ciò che eccede 150 fr., vale a dire per qualunque fatto che interessi pecuniariamente una persona per più di 150 fr. Onde non solo alle convenzioni (vuoi produttive, o estintive di obbligazioni, vuoi traslative di dritti reali) la regola è dalla legge applicata ; ma ad ogni fatto qualunque che presenta per la persona un interesse pecuniario al di là di 150 fr.

La pruova di questa generalità del principio, generalità sconosciuta da qualche autore, precisamente dal Toullier (IX-20 a 26) e dal Bonnier (n. 90) si rinviene e nel nostro articolo stesso, ove le parole *di tutte le cose* si son poste subito dopo ed invece di queste altre del progetto DI OGNI CONVENZIONE *su cose* (Fénet, t. VIII, p. 41); e altresì nell'art. 1318 che dichiara eccettuare dalla re-

(1) V. il Codice Tripier all' art. 1341.

gola i delitti, i quasi delitti e tutte le circostanze ed avvenimenti in cui la redazione di un atto trovasi impossibile; non si eccettuano da una regola se non i casi ch'essa abbraccia, e che vi resterebbero sottoposti, se l'eccezione non esistesse.

Arrogi che non si tratta in sostanza se non di metodo e di classifica; poichè l'eccezione dell'art. 1348 restringe precisamente la regola all'estensione che le dà il sistema opposto al nostro. Noi diciamo che questa regola abbraccia, in massima, tutt' i casi in cui si agita un interesse pecuniario maggiore di 150 fr., ma che tali casi ne sono esclusi per l'eccezione dell'art. 1348, il Bonnier dice che la regola non comprende siffatti casi, o per conseguenza che l'art. 1348 non saprebbe farle eccezione: e dev' essere cancellato, come illogico ed inutile. Il Bonnier dà solo all'art. 1341 (sopprimendo il 1348) il senso che noi diamo ai due articoli 1341 e 1348 combinati. Il risultato è dunque lo stesso, ma il nostro sistema di interpetrazione ci sembra il solo conforme al pensiero del legislatore, e non presenta d'altronde il pericolo che l'altro può offrire.

Infatti quando si intende la nostra regola di tutt' i fatti ed avvenimenti, quali che siano, che presentano un interesse al di là di 150 fr. per non eccettuarne, secondo l'art. 1348, che quelli tra questi avvenimenti nei quali è stato *impossibile* al reclamante di avere uno scritto, non può esservi difficoltà sulla portata diffinitiva della disposizione, mentre che tale portata diviene difficile a precisarsi, quando si ferma per principio, che non bisogna attenersi al senso naturale del nostro articolo, e che la sua disposizione è troppo larga. Se questa disposizione debbe esser ristretta, fin dove dev' esserlo? Se non trattasi di qualunque fatto che presenti un interesse maggiore di 150 fr., di quali fatti si tratta? .... Il Bonnier ci dirà che trattasi di tutti quei fatti, nei quali è stato possibile di avere uno scritto (servendosi così dell'articolo 1348 ch'egli dichiara non pertanto inutile); ma altri potrà spingersi più oltre di lui e dire che non trattasi che delle convenzioni.

E ciò è avvenuto. Una decisione della corte di Bruxelles del 10 dic. 1812, ed una di quella di Tolosa del 18 mag. 1831 decidono, che il nostro articolo non si applica al creditore che, su di una eccezione di prescrizione che gli è opposta, pretende stabilire che il suo credito esiste tuttavia e che la prescrizione non si è compiuta, perchè un pagamento d'interessi o di annualità è venuto ad interromperla (art. 2248). Secondo queste decisioni, il creditore potrebbe provare con testimoni la non prescrizione e il mantenimento del suo diritto, qual che ne sia l'importanza, perchè, dicesi, *non trattasi che di un fatto*, e non già di una convenzione, o quindi la pruova più non è nella categoria di quelle che la legge proibisce di somministrare per via di testimoni (1).

È questo un errore certo, che il Bonnier stesso avrebbe senza dubbio combattuto, se lo avesse notato, ma la cui confutazione sarebbe, sembraci, abbastanza difficile nel suo sistema, mentre che è semplicissima quando si sta ai testi del Codice. Infatti il nostro articolo 1341 porta la proibizione per tutte le circostanze quali che siano, e l'art. 1348 non eccettua che quelle in cui è stato impossibile di procurarsi uno scritto. Or, era facilissimo al creditore, anche nel caso di rendite, di procurarsi uno scritto per constatare il mantenimento del proprio dritto: poteva, in caso di credito esigibile, ottenere il rimborso pria del 30 anni, o non consentire un sì lungo ritardo, che a patto di ricevere dal debitore un riconoscimento scritto del debito, e almeno delle controquietanze attestanti i pagamenti di interessi fatti da questo debitore; nel caso di rendite, supponendo che il debitore non avesse voluto dargli delle controquietanze, poteva, dopo 28 anni dalla data del suo titolo, astringerlo a rilasciargliene uno nuovo (art. 2263). Egli dunque non è punto stato nella impossibilità di avere uno scritto, e resta così soggetto alla regola del nostro articolo (2).

II. — Sicchè, è ordinato dal nostro articolo di redigere uno scritto per ogni fatto rappresentante un interesse maggiore di 150 fr. Ma ciò non significa che lo scritto è necessario come condizione della validità e che senza di esso il fatto resterebbe senza valor legale. Qui non trattasi che di una quistione di pruova ed il pensiero dell'articolo è unicamente, che il fatto allegato non potrà provarsi per via di testimoni. Siffatta verità, che per altro non è da alcuno contrastata, si manifesta sufficientemente e dalla seconda frase dello articolo, e dagli articoli seguenti, e dalla rubrica della nostra sezione, e segnatamente dagli antecedenti del Codice. Se

(1) Dev., 31, II, 302. — Vedremo più oltre (n. III) che il Delvincourt e lo Zachariae si son gravemente ingannati sul senso delle decisioni di Bruxelles e di Tolosa.

(2) Toullier (IX-97); Troplong *Prescr.* II-622); Felix ed Henrion (*Rend. pred.* n. 441.); Zachariae (V, p. 705, n. 12) Riom, 4 mag. 1841; Douai, 19 genn. 1812 (Dev., 41, 2, 534: 42, 2, 112).

dunque un fatto qualunque, una convenzione, p. es. si trovasse stabilita mercè la confessione dello avversario produrrebbe tutto il suo effetto, benchè non fosse contestata da uno scritto.

Il nostro primo principio dunque vuol dire soltanto, che la pruova testimoniale non è ammessa, dacchè trattasi di una somma o di un valore eccedente 150 fr. Noi diciamo, come la legge di una somma, o *di un valore*, chè gli è ben possibile, che l'oggetto reclamato non sia del denaro. In questo caso spetta al giudice il determinare il valore della cosa, sia da sè stesso, sia per via di valutazione di periti, se ne sente il bisogno. Il giudice non potrebbe a tal riguardo rapportarsene alla valutazione data nelle conclusioni dell'attore, se fosse arguita d' inesattezza dall' avversario.

Gli è che in fatti, per determinare se l'interesso ecceda o pur no i 150 fr., e se la prova testimoniale sia o no ammessibile, non bisogna, come a torto insegna il Duranton (XIII-306), considerare lo ammontare della domanda che istituisce il reclamante, ma sibbene il *quantum* reale ed integrale del dritto per lui risultante dal fatto che vuole provare. Così quando lo vi ò prestato, senza scritto, 160 fr. che voi negate di aver ricevuto, ed io vengo a domandarvene 140, la mia domanda non sarà ricevuta, se io confessi, sebbene non reclami che 140 fr., che voi nondimeno me ne dovete 160, — o se io dico che voi mi avete già restituito 20 fr., e che i 140 sono il resto di ciò che mi dovevate dapprima;—o se si tratta di un oggetto che io valuto 140 fr., ma che si riconosce valerne 160;—o in fine se ad onta della mia affermazione che voi non mi dovevate che 140 fr., risulti dalle depusizioni dei testimoni che il vostro debito ben era di 160 fr.

Quest' ultima idea è stata contradetta dal Maleville (art. 1344) il cui errore a tal riguardo è riconosciuto da tutti gli autori, anche dal Duranton, (come vedremo spiegando quest'articolo 1344); ma essa è incerta come le altre, e bisogna dire in modo generale che non mai dalle conclusioni dell'attore, dalla cifra della domanda bisogna determinarsi, come si fa quando si tratta di fissare la competenza, ma sibbene dalla quantità dell'interesse risultante dal fatto contestato. La pruova trovasi dapprima nel nostro articolo, il quale allorchè ordina di stipulare atti per più di 150 fr., lo fa rapportandosi al momento stesso in cui si compie l'avvenimento generatore del dritto, e per nulla all'epoca del giudizio, che potrà suscitarsi in seguito. Essa trovasi egualmente e nell'art. 1343 il quale dispone, che la mia domanda sarà rigettata quand'anche, dopo avervi domandato i 160 fr. che voi mi dovete, io mi riducessi a domandarne 140, e volessi ar pruova per questi 140 soltanto; e nell'art. 1344 giusta il quale la mia domanda, sebbene inferiore a 150 fr. deve nondimeno rigettarsi, dacchè è riconosciuto che la somma domandata trovasi far parte o essere il residuo di una somma eccedente 150 fr. — Il Duranton è dunque in errore, o almeno si esprime molto inesattamente, allorchè per giungere ad un'altra soluzione che esamineremo all' art. 1834, egli dico (*loc. cit.*) che *colui il quale non dimanda* al di là di 150 fr. può provare con testimoni; che in questa materia non bisogna riguardare la convenzione, ma al contrario *l'oggetto della domanda*; che quest'ultima può provarsi con testimonii, ogni qual volta la pruova non tendesse *a far ottenere una somma maggiore di 150 fr.*. Questo errore era stato evitato dal Toullier, il quale espone chiaramente la dottrina contraria (IX-42 e seg.)

III.—Egli è ben certo puranche ed anche evidente che, quando, il dritto contestato poggia sul fatto di un pagamento effettuito, bisogna considerare la importanza del dritto reclamato, e per nulla quella della somma il cui pagamento s'invoca come fatto generatore o conservatore di questo dritto. Così p. es. voi pretendete estinto mercè prescrizione il credito di 2,000 fr. di cui vi chieggo il rimborso: io rispondo che questo credito esiste sempre, che la sua prescrizione non s'è ancora compiuta, atteso che si è interrotta per un pagamento d'interessi, da voi fattomi nel corso dei trent' anni voluti per prescrivere, ed offro di provare con testimoni questo pagamento interruttivo della prescrizione, e conservatore del mio dritto.

Il testimone da me offerto è forse ammessibile, visto che il pagamento a provarsi non è che di 100 fr.? È ben chiaro che no: poichè il dritto, l'interesse alla constatazione del quale io voglio giungere non è di 100 fr. ma di 2,000. Senza dubbio, se il mio creditore offrisse di provare il pagamento dei 100 fr. per istabilire ch' egli è liberato da un'annata d'interessi ch'io gli domandassi, la pruova testimoniale sarebbe ammessibile, trattandosi di provare una *liberazione* di 100 fr., ma quando lo invoco questo stesso pagamento per provare l'esistenza del mio credito, egli è palpabile, che la cifra della somma che pretendo essersi pagata è completamente insignificante, e che fa d' uopo considerare il montare del credito reclamato. Ora questo montare essendo di 2,000 fr., la pruova testimoniale è dunque inammessibile.

Siffatto punto è troppo evidente per me-

tersi la quistione, e noi non ne parleremmo neppure, se non avessimo letto nel Delvincourt (sez 2.ª, nota del 4. com.) e nello Zachariae (V; p. 708, n. 25) di essersi deciso in senso contrario dalle due decisioni citate al n. I. delle corti di Bruxelles e di Tolosa. Ma esse nulla dicono di simile, decidono soltanto la quistione per noi esaminata al terminare di questo n. I, e per errore si suppone abbiano giudicato pure il punto di cui qui parliamo (1).

IV. — Il secondo principio del nostro articolo, riprodotto come il primo dalla ordinanza del 1566, consiste in ciò che anche per un interesse minore di 150 fr., e per la pruova del quale non era in conseguenza necessario uno scritto, non si potrà altresì (se siasi non pertanto fatto uno scritto) provare con testimoni contro, nè oltre quanto è detto in questo scritto. — Così, quando un atto enuncia che voi mi avete imprestati 100 fr. per sei mesi senza interessi, non solo voi non potreste provare con testimoni, che la somma era di 120 fr., come io non potrei provare ch'essa non era che di 90 fr., chè non si potrebbe provare *contro* il contenuto dell'atto; ma noi non potremmo neppure provare che, oltre della clausola principale che presenta lo scritto, si è convenuto, vuoi prima della redazione, vuoi dopo, la tale o tal' altra idea accessoria, p. es. che fosse in mia libertà di ritenere più lungo tempo il denaro, pagandovene l'interesse, chè ciò sarebbe un provare *oltre* il contenuto dell' atto. Noi non possiamo per nulla restringere, allargare o modificare il senso e la portata che presenta l'atto. Dacchè si è fatto uno scritto, anche nel caso in cui non vi fosse obbligo di farlo; la legge non permette alle parti di caociarsi nelle difficoltà della pruova testimoniale, come se questo scritto non esistesse, e se poco dopo vogliono apportare delle modifiche, alla loro convenzione primitiva, l' esistenza del primo scritto le pone nella necessità o di constatare parimente per iscritto tali modifiche, o di sopprimere l'atto anteriore.

Il testo ci dice che la pruova testimoniale non sarà ammessa, anche al di sotto di 150 fr. *contro ed oltre il contenuto negli atti*, e soggiunge che non sarà neppure ammessa *per quanto fosse allegato essersi detto pria, contemporaneamente o dopo gli atti*. Il secondo membro della frase nulla aggiunge al primo, e non fa che spiegarlo, sviluppando la stessa idea in altri termini. Il pensiero ben evidente della legge si è, che non si potrà essere ammesso a provare le spiegazioni verbali che àn preceduto, accompagnato o seguito la redazionè dello scritto, per giungere, sia a restringere, sia ad allargare, sia a modificare in un modo qualunque la menzione di tale scritto che deve sempre accettarsi tal qual esso è.

E siccome il togliere qualche cosa allo scritto è lo stesso che affermare, che esso dice troppo su tal punto, e contiene quindi qualche cosa di falso, di tal che vale apportargli una contraddizione; che da altra banda gli è ancora un contraddirlo il mutare il senso di una delle sue clausole, e che il solo caso in cui non vi fosse contraddizione all'atto, sarebbe quello in cui si pretendesse che quant'esso dice, essendo per altro esatto, non pertanto non à detto tutto che bisognava dire; ne segue che le due parole CONTRO ED OLTRE *il contenuto* esprimono esattamente il principio, il quale vuol dir così: Non si può *in nulla contraddire* le enunciazioni dell'atto, nè *nulla aggiungere* a tali enunciazioni, neppure mercè quanto si pretendesse essersi detto posteriormente alla redazione.

Allorchè dunque una convenzione posteriore non sarà che una restrizione, una aggiunzione, o una modifica quale che sia, apportata alla convenzione anteriormente constatata per iscritto, la pruova di tale nuova convenzione non potrà farsi per testimoni, poichè tratterebbesi allora di contraddire allo scritto o di aggiungervi. Così, quando lo scritto dichiara che voi mi avete prestato 100 fr. per restituirvisi nel 1848, voi non potete provare che, con una convenzione posteriore, io mi sono obbligato di restituirvi tale somma nel 1847; ciò sarebbe contraddire all' atto. Allorchè lo scritto indica che voi mi avete dato in fitto i vostri pasculi mercè 60 fr. e quattro polli ogni anno, voi non potrete pruvare esserci poi convenuti per 70 fr. l' anno senza polli: ciò pur sarebbe contraddire all' atto. Quando lo scritto enuncia avervi io incaricato di fare la tale riparazione, su tal disegno e in tanto tempo, voi non potrete provare che, mercè una convenzione posteriore, io vi ho incaricato di fare la stessa riparazione su di un piano più vasto ed in un più lungo termine: sarebbe aggiungere all' atto e provare contro il suo contenuto (2).

(1) Parimenti per errore lo Zachariae cita come decidendo questo stesso punto nel nostro senso gli autori e le decisioni da noi indicata nella nota precedente. Questi autori e queste decisioni risolvono soltanto il punto di sapere, se un pagamento di annualità, quando viene invocato come fatto interruttivo di prescrizione, rientri o pur no sotto la proibizione della pruova testimoniale per qualunque interesse eccedente 150 fr., ma essi per nulla si occupano del punto di sapere, se la cifra delle annualità pagate o quella del capitale reclamato abbiansi a considerare.

(2) Rig. su di una decisione conf. della corte di Metz, 10 mag. 1847 (Dev., 12, 2. 797).

V. — A lato della regola che la modifica apportata subito dopo ad una convenzione, o ad un fatto constatato per iscritto non può provarsi pure che in iscritto, senza la qual regola non si darebbe tutto il suo valore al 2° principio del nostro articolo, fa d'uopo allogarne un'altra che impedirà d'attribuire a questo stesso principio maggiore estensione di quella che ha: gli è che quanto si è detto dei fatti e delle convenzioni, le quali non sono che una modifica del fatto anteriore, non deve estendersi a tutti i fatti che si trovano col primo in un rapporto più o meno intimo, ed esercitano su di esso una influenza più o meno profonda. . . Così quando si è stabilito per iscritto, che voi mi avete prestati 100 fr. ed io domando provare con testimoni di avervi reso questi 100 fr., la mia pruova debbe ammettersi. È ben vero che il pagamento che io pretendeva stabilire, esercita una grande influenza sulla convenzione di prestito e fa più che modificare l'obbligazione che per me ne risultava, poichè la estingue completamente: ma precisamente perchè più non trattasi di una semplice modifica alla convenzione scritta, la testimonianza è ammessibile, ed io più non son colpito dal 2° principio del nostro articolo.

Questo principio in fatto mi proibisce al tutto di contraddire lo scritto, e di nulla aggiungere alla convenzione da esso constatata. Or io in nulla il contraddico, poichè lo scritto enuncia avermi voi prestato 100 fr.; lungi dall'impugnare questa proposizione, la mia allegazione tende a dimostrare di bel nuovo la verità, poichè appunto perchè mi avete prestato 100 fr., io ho avuto l'obbligo di rendervi 100 fr.: da altra banda ben è chiaro, che non è volere estendere una convenzione, nè ampliarla in checchessia il sostenere che questa convenzione è stata veramente fatta tal quale vien presentata dallo scritto; ch'essa è sempre durata senza modifica fino a tale giorno, e che quel giorno appunto io son venuto ad eseguirla. Sarebbe ben altrimenti, se l'atto portasse che la somma non potrà restituirsi pria di due anni, e ch'io pretenda avervela pagata al finir del primo anno. In questo caso in fatti la allegazione di un pagamento conterrebbe quella di una convenzione posteriore accessoria, la quale avrebbe avuto per unico scopo di modificare la prima in quanto alla scadenza del pagamento, ed io così domanderei di provare con testimonii *una modifica* apportata alle clausole scritte: quando lo dico aver potuto pagare, ed in effetti ho pagato *a capo di un anno*, in presenza di un atto che enuncia che *io non potrò pagare se non dopo due anni*, egli è evidente ch'io domando di provare *contro* l'atto; o sol dopo aver provato *in iscritto* la convenzione posteriore e modificativa della primitiva, potrei provare con testimoni il pagamento, col quale io pretendo aver eseguito la nuova convenzione. Ma, eccetto questo caso o altro analogo, e quando si vuol semplicemente provare di essersi eseguita o altrimenti estinta l'obbligazione enunciata in iscritto, gli è palpabile che non si domanda di provare *contro* nè *oltre* il contenuto dell'atto, e che la testimonianza quindi è ammessibile, purchè ben inteso non si trattasse di più di 150 fr.. Si avrebbe forse l'idea di dire (chè taluni che cosa non imaginano!) che l'atto non parlando del pagamento, gli è ben volere provare *oltre* l'atto, *al di là* di esso, il volere stabilire un pagamento? ma gli è chiaro che, quando il nostro articolo vieta di provare oltre il contenuto dell'atto, non intende parlare generalmente di tutte le cose di cui quest'atto non s'occupa, ma sol di quelle di cui non si occupa, *tutto che il dovesse*, perchè fan parte dell'oggetto da esso costatato. Così quand'io pretendo, che i 100 fr. che lo scritto presenta come da me a voi dovuti non lo erano che sotto una condizione mancata, e di cui lo scritto punto non parla, in tale atto dovea inserirsi siffatta condizione; quando secondo me noi abbiamo convenuto subito dopo, ch'io vi pagherei l'interesse al quattro invece del 5 per 100 indicato nello scritto, o che avrei un anno di tempo per pagarvi, invece dei sei mesi enunciati nello scritto, facea mestieri, modificando così la convenzione espressa nell'atto, modificare eziandio l'atto che si conservava, come quello che l'avea stabilita (o sopprimerlo per rientrar completamente nella pruova testimoniale): in tutti questi ed altri simili casi io non sarei ammesso a provar con testimonii. Ma quando trattasi di elementi che punto non formano parte della convenzione, di elementi che l'atto regolatore di siffatta convenzione non doveva nè poteva constatare, gli è ben evidente che la legge non intende affatto parlar di essi, quando vieta di provare *oltre* il contenuto dell'atto.

Tutto ciò è talmente chiaro, che si stenta a capire come il Merlin (Rep. v. *pruova* sez. 2 § 3 art. 1, 20) e il Favard (*ibid.* p. 1) abbian potuto ammettere l'idea contraria e pretendere, che un pagamento debba provarsi per iscritto, sol perchè per iscritto il credito era constatato. Vero è che la pratica dello scorso secolo sovente così la intendeva, ma siffatta idea già ricusata dal Pothier sembrava non potersi accogliere da giureconsulti di tanto grido quali il Merlin ed il Favard.

Le leggi *de testibus, de fide istrumentorum contra scriptum* ed altre citate dal primo, come quelle che fecero giudicare la quistione contro il

debitore con arresto del parlamento di Grenoble del 25 marzo 1782, non ispargono alcuna luce sulla quistione, e i due arresti di cassazione invocati dal secondo nulla hanno di contrario alla nostra dottrina. Il primo (27 gennaio 1812) decide che, quando uno scritto enuncia essersi fatto un affitto per sei anni, non può provarsi per testimonii che questo affitto sia stato modificato nella durata, e ridotto con una convenzione posteriore ad un tempo minore, il che altro non è se non l'applicazione di quanto abbiam detto in fine del numero IV (1), il secondo (12 marzo 1816) non ha alcuna relazione colla nostra tesi: esso decide una quistione di affitto verbale, non già secondo il nostro articolo, ma giusta la disposizione particolare dell'art. 1715 nel quale dichiara, ed a ragione, contenersi *una eccezione al nostro articolo* 1341.

La nostra decisione resta dunque certa, ed in fatti è generalmente ammessa (2).

Del resto il Pothier, facendo notare siffatto errore, non parlava che del caso di pagamento; e i nuovi autori da noi pocanzi citati, il Bonnier come gli altri, parimenti non parlano che del caso di pagamento, senza pensare a formolare *la regola*, di cui questo caso particolare non dovrebbe presentare che un' applicazione. Il Duranton, egli è vero, aggiunge ancora (n. 335) il caso di remissione del debito, ma non si occupa, più degli altri, di rimontare all' idea generale, al principio stesso.

Tra i fatti destinati ad esercitare qualche influenza su di un fatto anteriormente constatato per iscritto, quali sono quelli che dovranno constatarsi per iscritto, giusta la seconda regola del nostro articolo; quali altri potranno provarsi per via di testimoni? Dove sarà la linea precisa di demarcazione fra le due categorie? ciò non trovasi detto in alcun luogo, ed è non pertanto indispensabile a comprendersi. Le spiegazioni da noi date ci menano facilmente alla risposta.

VI. — Da quanto si è detto, in fatti, si richiede lo scritto ed è inammessibile la testimonianza in tutt' i casi (ma in quelli soltanto) ne' quali il fatto posteriore viene a restringere, ad allargare, o a modificare altrimenti lo stato anteriore delle cose, lasciando sussistere questo stesso stato di cose, soltanto un po' diverso da quel che era prima; fuor di questi casi la pruova testimoniale è permessa. — Allorchè il fatto allegato mutasse soltanto lo stato anteriore delle cose in qualcuna delle sue parti, mantenendolo per tutt' altro, richiedesi una scrittura per la pruova, perchè non è credibile che siansi modificate le cose senza modificare lo scritto che le constatava e che conservavasi appunto perchè le constatava: gli era troppo naturale, dacchè non erasi lacerato quest' atto per lasciare il tutto sotto l'imperio della pruova testimoniale, di fare per dir così una edizione nuova ed esatta. — Al contrario quando il fatto allegato venisse a distruggere, a sopprimere il precedente stato di cose, di talchè lo scritto primitivo vedesse sparire l'oggetto della sua constatazione, quando non si è serbato, modificandolo, lo stato anteriore delle cose, ma si è creato un altro stato di cose, il quale ben supponeva, ma faceva intersmente cessare lo stato precedente: allora non richiedesi scrittura, e la circostanza che il primo stato fosse constatato da uno scritto ancor sussistente, non vieta di provare il secondo per via di testimonii, perchè trattandosi allora di una cosa assolutamente nuova, di una cosa per la cui constatazione scritta sarebbe stato mestieri, non di una edizione nuova e corretta dello stesso atto, ma di un altro atto, le parti si son trovate soggette al

(1) Questo arresto che non abbiam trovato nè nei *Giornale del Foro*, nè nella nuova raccolta, del Devilleneuve, è riferito nell' antica edizione del Sirey t. XII, I, 181. — Oltre della quistione che ci occupa l'arresto decide ancora implicitamente ma con molta inesattezza un' altra quistione, non preveduta nè dal Favard, nè dal Merlin, nè da alcun altro autore, almeno per quanto sia a nostra conoscenza, e che trovasi incidentemente e a più riprese risoluta nelle nostre spiegazioni. Si è quella di sapere, se ad onta della soppressione (al tempo della convenzione modificativa), dello scritto che constatava la primitiva convenzione, soppressione fatta di comune accordo dalle parti per non essere obbligate a redigere per iscritto la novella convenzione, le parti fossero non pertanto nella impossibilità di provare la seconda per via di pruova testimoniale. La negativa non è soltanto certa ma evidente, e senza dubbio perchè questo punto non poteva muovere difficoltà, niuno autore ha pensato a trattarlo. Gli è chiaro che quando noi modifichiamo la convenzione primitivamente tra noi formata e constatata in iscritto per un oggetto non eccedente 150 fr., è a noi data la scelta, o di fare una nuova redazione del nostro scritto, o di annullarlo per isfuggire alla seconda regola dell'art. 1341: come rigettare la mia pruova testimoniale perchè offerta oltre o contro il contenuto di un atto, allora quando per l' effetto della convenzione niuno atto esiste? Nella specie dell' arresto era stabilito e riconosciuto da tutti, che le parti, modificando la loro primitiva convenzione avean lacerato come inesatto lo scritto che la constatava. In tali circostanze fu dunque cassata la sentenza (del Tribunale di Nimes) per pretesa violazione dell' art. 1341, per avere ammesso la pruova testimoniale contro *il contenuto dell' atto*! L' eresia invero è troppo grossa!

(2) Parlamento di Aix 20 dic. 1640; corti soccorsali di Parigi 30 agosto 1682; Pothier (num. 799) Delvincourt (t. 2.) Duranton (XIII-334.) Bonnier (n. 92.)

drillo comune, e sono state libere, o di redigere quest'altro atto, o di contentarsi di testimoni, poichè l'interesse (si suppone) non eccedeva 150 fr.

Sicchè dunque, 1° la pruova testimoniale è inammessibile, quando l'allegazione tende a stabilire *uno semplice modifica* dello stato delle cose constatato dall'atto, e che quindi sarebbe stato sufficiente, per avere la pruova scritta, di *una nuova redazione dello stesso atto*. Al contrario, 2. l'allegazione può provarsi per via di testimonii, quando trattasi della *soppressione* dello stato delle cose, che il nuovo fatto suppone; e che sarebbe stato mestieri (per avere la pruova per iscritto) della *redazione di un nuovo atto*. Che se 3. l'allegazione contenesse ad un tempo e una modifica dello stato delle cose provato dallo scritto, e la soppressione di questo stato di cose, così modificato, la pruova testimoniale sarebbe pure inammessibile, evidentemente, a causa del primo di questi due punti, e sol quando questo primo punto sarà provato per iscritto, il secondo potrà esserlo per via di testimoni.— Ben si vede che questa terza proposizione non è che la conseguenza e l'applicazione delle due prime.

La seconda regola del nostro art. 1341 vuole dunque significare (e basta leggere attentamente il testo della legge per esserne convinto), che non si può mai anche al di sotto di 150 fr. apportare con la pruova testimoniale *alcuna modifica* alle enunciazioni di uno scritto; nè altro significa; il che ci conduce ad una ultima osservazione.

Non sarebbe un voler modificare lo scritto il discutere sul senso e sulla portata che presenta tale clausola più o meno oscura, tale espressione più o meno vaga, e per conseguenza possono sentirsi dei testimonii, ond'essere ragguagliati su talune circostanze atte a far comprendere il vero pensiero dell'atto. Altro è giungere, anche mercè la pruova testimoniale, a sapere qual è il senso o la estensione di una frase, altro è giungere per mezzo di questa pruova testimoniale ad idee differenti da quelle che presenta questa stessa frase. È dunque permesso di ricorrere ai testimoni per l'interpetrazione di uno scritto, purchè non non si faccia che una interpetrazione, e che si stia diffinitivamente ed unicamente all'atto, il quale si riconoscerà aver tale significato ed applicarsi a tali oggetti. Così p. es. quando l'atto di acquisto di un fondo non precisi le differenti terre che lo compongono, ma le indichi collettivamente con queste parole « il fondo di .... il castello di .... con tutte le sue dipendenze » si potran benissimo sentire dei testimoni sul punto di sapere, se tal pezzo di terra è o pur no una dipendenza del fondo. Si è questo un punto consacrato, ed a ragione, dalla giurisprudenza (1).

Dopo aver così spiegato le due regole del nostro articolo, passiamo agli articoli seguenti, i quali altro non fanno che sviluppare o applicare il primo. In quanto all'eccezione apportata dal testo a siffatte due regole per le materie commerciali, le studieremo nel § 2 (art. 1317, 1318) con le altre eccezioni che ricevono tali regole.

1342 [1296]. La regola precedente s'applica al caso in cui l'azione, oltre la domanda del capitale, contenga quella degl'interessi, i quali riuniti al capitale oltrepassino la somma di cento cinquanta lire.

1. — Questo articolo ed i seguenti, come si è già detto, non fanno che sviluppare o sanzionare la prima regola dell'articolo precedente, e cominceremo dal veder qui con quale severità la legge intenda la proibizione con cui colpisce la pruova testimoniale.

La legge considera a un tempo, e il momento in cui è sorto il dritto e il momento in cui si viene a reclamarlo innanzi al giudice: e se rinviene un interesse maggiore di 150 fr. in una di queste due epoche, rigetta la pruova per testimoni. Epperò da un canto dacchè trattasi di più di 150 fr. in origine, le parti àn dovuto redigere uno scritto, e la pruova testimoniale è inammessibile, tutto che l'interesse sia divenuto inferiore a 150 fr. al tempo della domanda; è questa un'idea che abbiam già fatto notare all'articolo 1341 (il quale si rapporta per fermare tale regola al momento stesso dell'avvenimento che fa nascere il dritto), e che più nettamente ci proveranno gli art. 1343 e 1344. Da un altro canto, anche quando il dritto sia stato primitivamente inferiore a 150 fr., la pruova testimoniale è parimenti impossibile, se l'oggetto del reclamo è attualmente superiore a tale cifra; ciò si vede dal nostro art. 1342 e dagli art. 1345 e 1346.

Quando il dritto, in oggi inferiore a 150 fr., eccedeva originariamente siffatto limite, il reclamante à commesso un fallo, di cui la legge lo punisce, e la proibizione viene spiegata dal pensiero di ovviare alla moltiplicità dei giudizii, sanzionando l'ordine di redigere lo scritto che deve prevenirli. — Quando il dritto dapprima inferiore a 150 fr. eccede oggi tale cifra, la proibizione è la con-

(1) Parigi 7. dic. 1833; Cass. 23 genn. 1837; Rig. 31 genn. 1837, (Dev., 37, 1, 110 e 522.

seguenza della tema della subornazione dei testimoni: dacchè il dritto per voi reclamato è maggiore di 150 fr., poco monta il sapere se fosse stato tale in origine, chè in qualsiasi modo il vostro preteso dritto fosse giunto ad eccedere il limite tracciato, voi avete avuto un eguale interesse a procurarvi falsi testimoni, ed una falsa testimonianza è quindi parimenti a temersi. Spettava a voi di procurarvi uno scritto, allorchè vedevate che il vostro dritto giungeva a 150 fr.

II. — La seconda delle due idee da noi dianzi indicate viene dal nostro articolo applicata al caso d'interessi che vengono ad aggiungersi al capitale.

Così, allorquando voi mi avete prestati 140 fr. con l'interesse al 5 0/0, senza farmi sottoscrivere uno scritto, se voi lasciate riunire al capitale due annate d'interesse, voi più non potrete, a contare da tale momento, e checchè avvenga in seguito, provare il vostro credito per via di testimoni, atteso che ora si eleva a 150 fr. Voi dovevate, pria di finire il secondo anno, pria che il vostro credito, diggià giunto a 147 fr., arrivasse a 154 fr.; o farvi dare uno scritto, o farvi pagare i 7 fr. di interesse dovuti pel primo anno. Dacchè il credito totale è giunto ad eccedere 150 fr., la pruova testimoniale vi è negata, perchè da tale momento, la legge teme la subornazione dei testimoni, e perchè per ogni credito eccedente tale cifra, si richiede uno scritto. La pruova testimoniale vi sarà dunque ricusata, e ve lo sarà, anche quando il vostro credito dopo di aver raggiunto 154 fr., fosse ritornato a 147 fr. pel pagamento di un'annata d'interessi; perchè allora i 147 fr. sarebbero *il residuo* dei 154, e l'art. 1334 si oppone alla pruova testimoniale in tal caso. Lo sarà parimenti, tutto che voi dichiariate abbandonare gl'interessi e contentarvi del capitale di fr. 140, perchè questi 140 fr. fanno parte di un credito eccedente in totale 150 fr., e la pruova testimoniale non è ammessa per tal caso dall'art. 1344.... In conseguenza, se per un momento quale che sia il vostro credito ha ecceduto 150 fr., la pruova testimoniale sarà ormai impossibile per alcuna delle parti (articolo 1344 n. V.).

Ben inteso che non devesi aggiungere al capitale, per vedere se il totale ecceda o pur no 150 fr., che gl'interessi scaduti al momento in cui s'istituisce la domanda in giudizio, e non quelli che scadono nel corso della istanza: un debitore non può mutare nè aggravare la mia posizione col suo rifiuto di darmi uno scritto o di pagarmi, dal momento in cui è ammessibile la mia domanda di stabilire il mio dritto per via di testimonii, sino a quello in cui l'ho istituita, non può divenire irricettibile, sol perchè la cosa va per le lunghe. Gli è questo un punto manifesto (1) ed è strano il vederlo messo in quistione dal Demante (II 328).

1343 [1297]. Quegli che ha fatto una domanda per una somma eccedente le cento cinquanta lire, non può essere più ammesso alla pruova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda.

1344 [1298]. Non può essere ammessa la pruova testimoniale sopra la domanda di una somma, anche minore di lire cento cinquanta, quando sia dichiarato che una tale somma è un residuo o parte di un credito maggiore, il quale non è provato per iscritto.

SOMMARIO

I. Questi articoli 1343-1344 sviluppano e sanzionano la prima delle due idee indicate nell'articolo precedente.
II. Una domanda maggiore di 150 fr. non può provarsi con testimonii, anche con una restrizione a tale cifra, a meno che però non siavi errore nella cifra di tale domanda. Errore del Toullier. — La pruova testimoniale è parimenti inammessibe, e sarebbe in ogni caso inefficace, per una somma che facesse parte di un credito eccedente 150 fr. Errore del Malleville.
III. Dicasi altrettanto per la somma che fosse il residuo del credito eccedente tale cifra. Caso in cui non si applica la regola.
IV. Confutazione dell'errore qui sopra indicato del Malleville.
V. Nuova pruova di un errore del Duranton, notato anche all'art. 1341. Origine di tale errore in una falsa idea del Duranton e del Demante.

I. — Abbiam detto che il principio che vieta la pruova testimoniale per un interesse eccedente 150 fr. si compone di queste due idee: 1.° la pruova testimoniale è inammessibile, sol perchè l'interesse in origine eccedeva il limite, e tutto che oggi sia minore, 2. è parimenti inammessibile, sol perchè l'interesse attualmente eccede il limite, e sebbene fosse minore in origine. I nostri due art. 1343 e 1344 non sono che le applicazioni e le conseguenze della prima idea e i due art. 1345 e 1346 servono a sviluppare e sanzionare la seconda.

Ed in prima, dacchè il vostro dritto presentava in origine un valore maggiore di 150 fr., eravi per voi obbligo di constatarlo in iscritto, per evitare i pericoli e gl'inconve-

(1) Malleville (art. 1342); Delvincourt (t. II) Duranton (XIII 319).

nienti della pruova testimoniale, e questo mezzo di pruova vi sarà precluso, ad onta delle restrizioni o diminuzioni subito dal vostro dritto, o che vi piaccrebbe d' imporvi.

II. — Così quando Pietro vi doveva a vi deve ancora 200 fr., voi non potreste provar con testimonii, ancorchè dopo aver intentato la vostra azione per questi 200 fr., dichiaraste restringere la vostra domanda a 150 fr.; ciò è detto positivamente dal nostro art. 1343. Ma gli è chiaro che sarebbe altrimenti, checchè si dica il Toullier (IX-43), se voi proviate, che il vostro credito non è invero che di 150 fr. e che per errore ne avevate in pria richiesto 200. Il credito non essendo, nè essendo mai stato che di 150 fr. non va soggetto alla regola dei nostri articoli, e la circostanza d' essersi commesso un errore di fatto non potrebbe essere nè una ragione, nè un pretesto per richiedere lo scritto. Ci sorprendo come la dottrina del Toullier a tal riguardo non sia stata fin oggi contraddetta da alcun autore, neppure dal Bonnier nel suo Trattato speciale.

Non potreste neppur provare con testimoni, il che dice a sua volta l'art. 1344, anche quando dal bel principio non aveste reclamato che 150 fr. dei 200 che pretendete esservi dovuti, o non avreste domandata la pruova che per questi 150 fr.; la somma domandata, trovandosi allora *formar parte* di una somma che sorpassa i limiti voluti, la pruova testimoniale non sarebbe ammessibile — Che se nel domandare solo 150 fr. invece di 200 che ve ne son dovuti, voi aveste cura di serbar silenzio in quanto ai 50 fr. di eccedenza, o di dir falsamente che questi 150 fr. formano l' intero ammontare del debito, dovrebbero invero sentirsi i testimoni; ma quando dalla loro deposizione sarà stabilito che i 150 fr. fanno parte di una somma maggiore, la pruova fatta si troverà inutile, e dovrà respingersi la vostra domanda, poichè formata per parte di una somma eccedente 150 fr. La dottrina contraria del Maleville, su cui ritorneremo al n. IV, è un errore che respingono a ragione tutti gli autori.

La somma richiesta ed inferiore a 150 fr. potrebbe far parte di una somma superiore ad un tal limite e trovasi quindi nel caso di esser ricusata in altro modo ancora. Potrebbe essere la frazione a voi toccata di un credito, di cui le altre frazioni sieno ricadute ai vostri coeredi per la morte del creditore primitivo. Se si trattasse p. es. di un credito di 300 fr., diviso tra voi e due vostri fratelli, a causa della morte di vostro padre più non potreste far pruova per testimonii pei 100 fr. formanti il terzo del credito, siccome vostro padre non avrebbe potuto farlo pel credito intero, o per una parte qualunque di esse credito. Segnatamente, a fronte di tali casi, sulla domanda del Tribunato, si aggiunsero al nostro art. 1344 le parole *o far parte*, che punto non esistevano nel progetto.

III. — Non si può in fine provar con testimonii, per una somma minore di 150 fr., allorchè si riconosce esser essa il residuo di una somma maggiore di tale cifra, e qui eziandio, non ostante la dottrina contraria ed erronea del Maleville, dovrebbe rigettarsi la domanda, anche dopo fatta la pruova, se, essendo stati ammessi a deporre i testimonii, perchè i giudici ignoravano cho la somma richiesta fosse il residuo di un'altra che eccedeva il limito della legge, si trovasse dalle loro deposizioni stabilita siffatta circostanza.

Sarebbe altrimonti, se il creditore offrisse di provare con testimoni non già il debito primitive maggiore di 150 fr., e di cui la somma che or si reclama è il residuo, ma una promessa posteriore vertente specialmente su quest' ultima somma. Così, quando io vi ò prestato 300 fr. innanzi a testimonii, e voi me ne avete restituito 160, io non potrò, nel caso di disconoscimento dal canto vostro, far sentire, per ottenere il pagamento dei residuali 140 fr., i testimoni in presenza dei quali voi avete ricevuto i miei 300 fr., ma se dopo aver preso a prestito questi 300 fr. con o senza testimoni, voi siete venuto, *in presenza dei testimoni* a restituirmi 160 fr., *e promettermi di pagarmi* a tal'epoca *gli* altri 140 fr., questi testimonii potrebbero esser intesi. Nel primo caso in fatti tratterebbesi di sentire i testimonii pel credito di 300 fr. e la legge non lo permette; nel secondo al contrario questo credito di 300 fr. non à bisogno di rappresentare alcuna parte nella discussione, e basterà sentire i testimonii sul punto di sapere, se il tale giorno voi vi siate riconosciuto mio debitore di 140 fr.

Che cosa importa in quest' ultimo caso, che una primitiva promessa di 300 fr. abbia preceduto la promessa de' 140, e ne sia stata la causa? Non trattasi di provare perchè mi abbiato promesso 140 fr., ma solamente, se me li abbiate promessi; e perchè trattasi di 140 fr. la pruova può farsi per via di testimoni. Senza dubbio io aveva contravvenuto alla legge il giorno in cui vi aveva prestato 300 fr. senza esigere uno scritto, o non potrei ora far prova testimoniale per alcuna parte di tale somma, dacchè la mia prova doveva versarsi su tal credito di 300 fr., ma dal momento in cui la pruova da me offerta più non rimonta a tale credito, e non verte che su quello di 140 fr., la pruova stimoniale è ammessibile; il giorno in cui più non cravato mio debitore che per 140 fr., io ho potuto, cercando una pruova del vostro debito, faro quanto non avea potuto la prima volta, contentarmi di testimoni, senza contrav-

venire alla legge. Così decidono pure il Pothier (n. 756) e il Toullier (IX-46) e, per quanto sia a nostra conoscenza, non v' à alcuna autorità in senso contrario.

A maggior ragione la pruova testimoniale sarebbe ammessibile, se lo non fossi mai stato creditore che per i 140 fr. che reclamo. Così quando io vi vendo, pel prezzo di 300 fr., un cavallo pel quale mi sborsate al momento 160 fr.; riconoscendo innanzi testimoni dovermi un' ultima somma di 140 fr., egli è aperto che tali testimoni potranno essere intesi, poichè si tratterà di provare, non già precisamente aver avuto luogo una vendita, che à avuto per oggetto un cavallo, esserne il prezzo di 300 fr. (tali circostanze non saranno che accessorie), ma semplicemente esservi riconosciuto mio debitore di 140 fr. Qui la ragione di dubitare che sarebbesi potuto obbiettare più sopra, neppure esiste: non si può più dire, in alcun senso, che i 140 fr. sieno *il residuo* di un credito maggiore; chè l' altra parte del prezzo essendomisi sborsata al momento stesso in cui vi ò consegnato il cavallo, io non sono mai stato vostro creditore per questa parte. Ci reca sorpresa come il Duranton, il quale per altro si pronunzia in questo stesso senso, abbia giudicato questa quistione abbastanza delicata per dover formare l' oggetto di una lunga discussione (XIII 322) e ci reca parimente meraviglia, come questi differenti punti non abbiano trovato luogo nel trattato del Bonnier.

IV. — Il Maleville (sull'art. 1344) mal comprendendo la dottrina del Pothier, e facendo un singolare abuso delle parole « anche quando la somma *vien dichiarata* essere il residuo, o far parte » insegna che la pruova testimoniale sarebbe efficace, e dovrebbe far aggiudicare ta domanda, se il creditore *non dichiarasse* che la somma richiesta trovasi essere il residuo o una parte di un credito eccedente 150 fr., tutto che il fatto si trovasse provato per via di testimonii. È un errore che va confutato dalla più piccola riflessione, perchè si comprende quanto vi sarebbe d' illogico ed anche d' immorale per parte del legislatore nel dire al creditore: Voi soccumberete se agite francamente e lealmente, dichiarando che i 150 fr. reclamati sono il residuo o fanno parte di un credito di 300 fr., ma se bugiardamente dite che tale somma forma il totale vostro credito, voi riuscirete, ad onta della pruova posteriormente acquistata della vostra menzogna!

Siffatta dottrina è respinta ed a ragione dal Toullier (IX-45 e 46), dal Bonnier (n. 103) ed anche dal Duranton (XIII-323), il quale sebbene abbia mal capito su questo punto il principio della legge, riconosce non pertanto, sebben con dispiacere, che l' idea del Maleville è contraria al pensiero del legislatore. In quanto al Pothier, la cui autorità è invocata dal Maleville, nulla ha detto di simile. Insegna soltanto (n. 757), come l'abbiam fatto noi stessi al numero precedente, che la pruova testimoniale sarebbe ammessibile, se la somma inferiore a 150 fr. trovavasi dovuta in forza di una promessa posteriore alla convenzione primitiva, e che il creditore domanda solo di provare questa promessa posteriore.

V. — Pria di passare agli articoli seguenti, dobbiamo far notare che il nostro art. 1344 fa toccar con mano l'errore del Duranton da noi notato all' art. 1341. Se, come dice il dotto professore, l' ammessibilità della pruova testimoniale doveva determinarsi dalla cifra della somma *richiesta*, dall' importanza *della domanda*, è ben chiaro che il nostro articolo punto non esisterebbe e che la pruova testimoniale non sarebbe respinta per la domanda di una somma inferiore a 150 fr., come lo è, giusta il nostro articolo, quando tale somma è il residuo o fa parte di una somma eccedente tale cifra. Il Duranton quindi critica amaramente tale disposizione (XIII-321) che, agli occhi suoi, *è un assurdo* che bisognerebbe fare *scomparire dal Codice* (n. 323 in fine). È verissimo in fatti, che il nostro art. 1344 è assurdo, secondo il sistema del Duranton, ma un tal sistema punto non è quello della legge, e questo stesso assurdo, questa contraddizione di sì e no, nella quale cade l' onorevole autore, avrebbe dovuto fargli comprendere aver egli sbagliato il cammino, e non aver dato al principio dell' art. 1341 il senso che gli dà il legislatore.

L' errore proviene da questa falsa idea del Duranton, ammessa pure dal Demante (II-826-827) che il timore della subornazione dei testimonii è il solo motivo che abbia fatto proibire in massima la pruova testimoniale: se quest' idea fosse esatta, se questa tema di falsa testimonianza fosse davvero il solo motivo del legislatore, allora, poichè la legge non trova questa tema abbastanza grave se non per una somma maggiore di 150 fr., e non se ne preoccupa per somme minori di tale cifra (chè in fatti non si procurano false testimonianze per bagattelle), egli è aperto che la pruova testimoniale dovrebbe ammettersi, *tutte le volte* che l'attore non reclami più di 150 fr. Che i 150 fr. formino tutto il montare del credito, o sieno il residuo di un credito maggiore, di cui una frazione sia stata già pagata, ovvero siano soltanto porzione di un credito, di cui l' attore sacrifica il resto per non perdere tutto, il che poco importerebbe; dacchè da una banda io non domando più di 150 fr. e non posso ottenere al di là di tale somma, e dall' altra la legge non ammette la tema della

subornazione (solo motivo , per ipotesi, del divieto) che per un interesse eccedente 150 fr., egli è evidente che la mia domanda debba accogliersi. Secondo tale sistema adunque, dalla cifra della domanda dovrebbe determinarsi l' ammessibilità della pruova testimoniale, e dorrebbonsi sopprimere i nostri articoli 1343 e 1344.

Ma si è veduto dal preambolo stesso dell' ordinanza di Moulins (*supra*) e scorgesi anche più chiaro, se è possibile, dalla disposizione dei nostri due articoli, che tal non è il sistema della legge, e che se essa si è preoccupata del pericolo delle false testimonianze, si è preoccupata altresì da altro lato, delle difficoltà, delle lungaggini, degli impacci, che trae seco la pruova testimoniale, ed à voluto perciò troncare, per quanto era in lei, questo genere di contestazioni giudiziarie. Vero è che, sotto questo secondo punto di vista, diverso assai dal primo, essa si è ancor attenuta alla cifra di 150 fr., perchè era impossibile di vietare la pruova testimoniale assolutamente, e di esigere uno scritto (e l in conseguenza il ricorso ad un notaio , quando le parti non sapessero scrivere) per convenzioni di 25 o 30 fr., o anche minori; ma questa identità della linea di demarcazione nei due casi non toglie che i due motivi siano differenti l'uno dall' altro , e traggano seco diverse conseguenze. In conseguenza di questo secondo motivo, se la somma richiesta (tutto che sia inferiore a 150 fr. e non dia luogo a temere legalmente la subornazione) fa parte o è il residuo di una somma eccedente 150 fr., la pruova testimoniale sarà eziandio ammessibile. « Io voglio , dice il legislatore , anche astrazion fatta dal pericolo di false testimonianze, allontanare per quanto è possibile la pruova testimoniale , e vi ordino quindi di fare uno scritto , tutte le volte che la cosa ne val la pena , vale a dire quando trattasi di più di 150 fr. Or voi siete in tale caso per l' oggetto di cui venite oggi a domandare una porzione per debole che sia; la vostra domanda tende quindi ad introdurre la pruova testimoniale in un caso in cui la mia regola l' allontana. Io non accoglierò la vostra domanda ».

Così divengono chiarissime e logiche quelle disposizioni che si arriva a trovare assurde , quando non si tien conto, come àn fatto il Demante e il Duranton , che sol di una metà del pensiere della legge.

1345 [1298]. Se nella medesima petizione, una parte fa più domande, delle quali non abbia documento in iscritto, e che, congiunte insieme , eccedano la somma di lire cento cinquanta, la prova per testimonj non può essere ammessa, ancorchè la parte sia per allegare, che tali crediti provengono da differenti cause , e che furono formati in differenti tempi , purchè simili ragioni non derivassero da diverse persone, per titolo di successione, donazione od altrimenti.

SOMMARIO

I. Allorchè diversi crediti , inferiori a 150 fr., giungono a sorpassare tale cifra, divien necessario uno scritto.
II. Ben inteso la regola non vale pei dritti o crediti sottratti al divieto della pruova testimoniale, e riceve eccezione per quelli che provengono da persone diverse , ma per esse soltanto. — Errore del Toullier.
III. Egli è così , senza che siavi d' uopo considerare, se questi dritti sono anteriori o posteriori a quelli che rimangono sottoposti all' articolo. Osservazione sulla dottrina del Duranton.
IV. Confutazione della critica fatta dal Toullier al nostro articolo.

I. — Dopo avere applicata e sanzionata nei due articoli precedenti l' inammessibilità della pruova testimoniale per ogni credito, che in origine era superiore a 150 fr., anche quando fosse disceso al di sotto di tale cifra , la legge nel nostro articolo e nel seguente consacra ed organizza siffatta inammessibilità della pruova testimoniale per tutto o parte dell' interesse che trovasi eccedere 150 fr. al tempo della domanda , tutto che in origine minore. Abbiam già veduto che l'art. 1342 applica questa idea al caso di un credito unico, aumentato da' suoi accessorii, i nostri articoli la estendono al caso di riunione di più crediti.

Allorchè una persona è divenuta successivamente creditrice di un' altra di diverse somme (o altri valori) di cui ciascuno è inferiore a 150 fr., ma il cui totale eccede tale cifra , ella ha dovuto allorquando i suoi dritti surpassavano il limite fissato dalla legge , esigere uno scritto. Così quando io vi ho venduto in gennaio un oggetto mediante 100 fr. che non mi avete pagati , ed in marzo io vi do in fitto un altro oggetto per 40 fr. che son rimasti dovuti parimenti, ed in seguito prendete a prestito 20 fr., il prestito di tale somma dovendo far ascendere il mio credito contro di voi a 160 fr. , io non debbo consentirvelo che richiedendovi uno scritto, il quale attesti o i tre debiti , o almeno uno di essi , in modo da non aver mai a provare contro di voi con pruova testimoniale una somma maggiore di 150 fr.

Tale è la volontà della legge ; e siccome il nostro articolo, ordinando di addizionare il montare dei diversi crediti domandati *in una stessa istanza*, lascerebbe facile, la violazione di tale regola, (poichè il creditore potrebbe aver cura di formare tante istanze distinte per quante vi à cose dovute), l'articolo seguente assicura l'esecuzione della regola, esigendo che tutte le dimande di che si tratta sieno istituite in uno stesso libello , sotto pena di non essere più ammessibili.

II.—Egli è ben evidente che, per formare il totale che rende impossibile la pruova testimoniale , quando eccede 150 fr., non debbonsi calcolare i crediti di natura tale da potersi provare sempre per via di testimoni. Così non andran compresi nell'addizione a farsi, 1° quelli che , offrendo un principio di pruova per iscritto possono quindi ricevere un compimento di pruova per via di testimonii giusta l'art.1347, e 2° quelli che essendo sorti in circostanze, in cui la redazione di uno scritto era impossibile, possono stabilirsi pienamente per via di testimoni giusta l'art.1348. Siffatte idee non avevan bisogno di essere enunciate dal nostro articolo, chè nimo avrebbe potuto avere il pensiero di sottoporre al divieto della pruova testimoniale , perchè *il loro totale* eccede 150 fr., crediti di cui ciascuno fosse esente da siffatto divieto , anche quando *da sè solo* eccedesse tale cifra.

Ma oltre di queste restrizioni (che precisamente non sono eccezioni alla regola , perchè non rientrano in essa) evvi una eccezione, che il nostro articolo doveva formolare , ed in effetti lo fa ; ed è pei dritti che , non trovandosi nè nel caso dell' art. 1347, nè in quello del 1348, non potrebbero non pertanto sottoporsi senza ingiustizia alla nostra disposizione, perchè originati da persone diverse , e non riuniti che in seguito su di un sol capo per successione o altrimenti. Così io vi aveva prestato 100 fr. senza scritto, mio fratello vi aveva pur prestato senza scritto la simile somma , e questo fratello essendo morto senza ascendenti nè discendenti , io mi trovo, divenendo suo erede, vostro creditore di una somma di 200 fr. Ovvero viceversa , io aveva prestato senza scritto una somma di 100 fr. a voi ed una egual somma a vostro fratello , poi voi diventate mio debitore di 200 fr. come unico erede di questo fratello. In tal caso ed altri simili, io non sono in colpa per non avere uno scritto , poichè indipendentemente dalla mia volontà si son riuniti i differenti dritti, di cui ciascuno è inferiore a 150 fr. , e la cui riunione sorpassa tale cifra. I due crediti potran dunque provarsi oralmente da me contro di voi , come avrebbero potuto provarsi contro di voi da me e da mio fratello separatamente , o da me contro di voi e contro di vostro fratello.

Ma dacchè àvvi così eccezione pei dritti provvenienti da diverse persone, non bisogna conchiuderne, come fa il Toullier (IX-52) che vi sarebbe parimenti eccezione pei dritti provvenienti da una sola persona , e che poi si sono in seguito divisi tra molti. Così quando mio padre, a cui voi dovevate 100 fr. per una vendita fatta senza scritto , vi à prestato parimenti senza scritto una seconda somma di 100 fr. ed è morto, lasciando mio fratello e me per eredi, noi più non potrem provare con testimonii , ognun per sè, i 100 fr. , che nostro padre non l' avrebbe potuto pei 200 fr.

La ragionevolezza di siffatta decisione e l'errore del Toullier sono veramente evidenti, da qualunque punto di vista si voglia riguardar la cosa. — Ed in prima come mai gli eredi del creditore avrebbero maggiori dritti del creditore stesso? Come poteva il padre trasmettere ai suoi figli , morendo , una facoltà di cui egli non godeva?... Il Toullier ci dice , che si è perchè trattasi di due crediti distinti , o che la pruova testimoniale trovatasi accidentalmente impossibile per la riunione dei due crediti in una stessa mano , trovasi permessa per la loro separazione .... Vi son qui due errori invece di uno. Chè da un canto i due crediti non son separati l' un dall' altro, più di quel che erano per l'innanzi: i due eredi non ànno, uno il credito per prestito , l' altro quello per vendita ; ciascuno di essi ha la metà dei due crediti ; di tal che la riunione dei due crediti su di uno stesso capo esiste sempre (per la metà di ciascuno) presso ciascuno degli eredi, come esisteva (pel totale) presso il defunto. E poichè l' unione dei due crediti esiste sempre , l' argomento desunto dalla loro pretesa separazione (il solo che si possa imaginare per colorire l'eresia del Toullier) sparisce completamente. Da altra banda e quando anche i crediti fossero davvero separati, l' un dall' altro, il che avverrebbe, se il creditor primitivo avesse venduto, donato, o legato ciascuno di essi a due diverse persone , come mai siffatta circostanza renderebbe permessa la pruova per testimoni? i crediti diventan forse più energici, sol perchè da un creditore passano a più creditori ? forse che la posizione di un debitore (reale o preteso) può divenir peggiore per la divisione che il creditore farà tra più persone dei moltiplici crediti che gli appartengono? Basterebbe dunque, per giungere a provar con testimonii tutti i piccoli crediti da me accumulati ben al di là di 150 fr. di farne domandare il ricupero da tanti cessionarii , veri o apparenti, per quanti fossero i crediti ! — Un po' di riflessione fa comprendere quanto l'idea

del Toullier sia profondamente contraria a tutto il sistema dei nostri articoli. Perchè in fatti il nostro art. 1345 vieta di provare con testimoni al di là di 150 fr., anche quando si alleghi che la somma provenga da crediti diversi? appunto perchè, quando l'interesse eccede 150 fr., la legge teme una falsa testimonianza, e non sarebbe difficile, mercè falsi testimoni di presentare la somma provveniente da più crediti, come provveniente da un solo: perciò quando voi mi domandate 300 fr., ch' io sostengo non dovervi (e che forse io non vi debbo) voi non potrete provare con testimoni due pretesi debiti di 150 fr., come nol potreste per un solo di 300 fr. Ciò posto, come vorrebbesi che i due eredi o pretesi cessionarii del mio preteso creditore potessero, con questi stessi compiacenti testimoni, essere ammessi a provare che i 300 fr. provengono da due debiti di 150 fr. l' uno?

L'errore del Toullier, che non è neppur specioso in quanto concerne gli eredi (chè, per essi, la pretesa separazione dei crediti punto non esiste) è dunque parimenti certo per tutti gli altri successori quali che sieno.

III. — I crediti che trovansi nel caso dell' art. 1347 o 1348 (e pei quali è quindi inapplicabile il nostro articolo) come pure quelli provvenienti da diverse persone (e pei quali l'articolo ammette una eccezione) dovrau restar fuori del calcolo a farsi, e ciò anche quando fossero anteriori agli altri crediti dello stesso attore, ovvero posteriori. Così quando io vi domando 200 fr., di cui 100 mi son dovuti in virtù di un prestito e gli altri 100 in forza di un deposito fatto in un incendio (art. 1348), poco monta di sapere, se il deposito à preceduto o seguito il prestito, ed io potrò in tutti i casi provare i miei due crediti per via di testimonii.

In effetti è ben vero che, se il deposito forzato à preceduto il vostro prestito, io avrei potuto, nell' idea che poteva trovarmi vostro creditore per più di 150 fr., richiedervi uno scritto. Ma dacchè ho *potuto* esigerlo, non ne segue affatto che l' abbia *dovuto*, ed ho potuto benissimo dire a me stesso, che il mio deposito, essendo in un dei casi ai quali è inapplicabile il nostro articolo, il mio prestito non poteva quindi ricadere nelle prescrizioni di tale articolo, e restandomi così permessa la pruova testimoniale, io non aveva bisogno di esigere da voi un titolo scritto (imponendovi inutilmente le spese di un atto notarile, se voi non sapevate scrivere). La stessa osservazione si applica al caso in cui, anteriormente al prestito, io già aveva contro di voi uno o più crediti di 100 fr., ciascuno dei quali mi provveniva per successione o altrimenti da diverse persone: poichè la legge fa eccezione alla regola per un tal caso, senza alcuna distinzione dell'anteriorità o della posteriorità dello arrivo dei crediti eccettuati, io non ho punto contravvenuto alla legge ed ho potuto contentarmi della pruova testimoniale. La legge è troppo severa nei nostri articoli per non estenderne anche dippiù le disposizioni: bisogna attenersi a quanto essa prescrive, senza andar oltre.

Il Duranton (XIII-324) applicando qui un sistema ben singolare e che per mala ventura si rinviene troppo spesso nell' onorevole autore, comincia dal *provare*, come abbiam fatto noi, che in siffatti casi la pruova testimoniale è ammessibile assolutamente e non ostante l'esistenza anteriore e nota dei crediti, ai quali il nostro articolo non si applica, indi dopo fatta questa pruova, e senza alcun novello argomento, conchiude dicendo: la quistione esser difficile, ed *esser egli spinto a credere che i tribunali rigetteranno la pruova testimoniale...* Che vuol dir ciò? è forse questa una quistione di fatto lasciata alla valutazione dei giudici? evidentemente che no: è un punto di diritto; e s'egli è vero, come lo riconosce il Duranton, che la pruova testimoniale è qui ammessa dal Codice, egli è chiaro che un tribunale, dichiarandola inammessibile, violerebbe la legge ed incorrerebbe nella cassazione.

IV. — Il nostro articolo, come ben si vede, si riduce a dire, che la pruova testimoniale è inammessibile per l'insieme e per ciascuno dei dritti che si ànno contro una stessa persona, allorchè tai dritti, inferiori separatamente a 150 fr., eccedano, con la loro riunione, siffatta cifra, salvo se tali dritti sieno provenuti da diverse persone, o benu inteso sieno di quelli che la legge sottrae al divieto della pruova per testimonii.

Si è questa una conseguenza indiretta, gli è vero, ma forzata del principio stesso dell'art. 1341, un mezzo necessario di assicurarne l' esecuzione: e non si comprende l'acre critica che fa il Toullier di siffatta disposizione (IX-48). Dacchè la legge temendo la subornazione dei testimonii per un interesse maggiore di 150 fr. non vuole sottoporre il mio preteso debitore agli effetti della pruova testimoniale per una somma o un valore che sorpassi tale cifra, era d'uopo che giungesse, per non essere inconseguente, alla regola sussidiaria del nostro articolo. Chè allorquando io avessi voluto, mercè falsi testimonii, far condannare un individuo a pagarmi 2 o 300 fr., mi sarebbe stato ben agevole far deporre da questi testimoni comprati, che l'individuo mi doveva 100 o 150 fr. per un prestito fatto a tale

epoca, poi una somma uguale pel prezzo di un oggetto venduto alla tal'altra epoca. Invano il Toullier ci dice, che la tema è chimerica, perchè si richiederebbero testimoni diversi per ciascuno dei crediti allegati: che oltre di essere un tal sistema un impaccio ed una restrizione apportata pel caso di crediti multipli al dritto di provare per testimoni (di tal che il Toullier si contraddice egli stesso, allorquando pretende che un tal dritto dovrebbe essere assoluto in tal caso) questo sistema sarebbe da altra parte insufficiente, perchè non tratterebbesi di altro pel creditore, vero o preteso, che di procurarsi un maggior numero di testimoni compiacenti. Colui che è sì poco delicato da far deporre due o tre falsi testimoni, potrà benissimo farne deporre quattro o cinque.

1346 [1300]. Tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non saranno interamente giustificate per iscritto, dovranno essere proposte in un medesimo atto di citazione, dopo il quale non potranno riceversi altre domande di cui non esista la pruova in iscritto.

SOMMARIO

I. Questo articolo à per iscopo di garentire l'esecuzione del precedente, e d'altra parte di restringere eziandio il numero delle liti. Inesattezza del Demante.
II. Non si applica ai dritti sorti dopo intentata l'azione. Errore del Delvincourt.
III. Non si applica neppure ai dritti non ancora esigibili. Insufficienza della dottrina degli autori. Errore dello Zachariae.
IV. Le domande non giustificate per iscritto, e non comprese nella stessa citazione, sono in seguito irricettibili. Errore del Toullier e del Duranton.

I.—Sarebbe stato ben inutile di vietare la pruova testimoniale per domande, le quali, inferiori separatamente a 150 fr., riunite sorpassino tale cifra, se si fosse permesso al preteso creditore di non riunire tali domande, e d'intentarne ciascuna a parte e successivamente. Dopo di aver richiesto la addizione delle diverse domande, come fa l'articolo precedente, bisognava, ammenochè non si volesse rendere illusoria la regola, ordinare che venissero tutte istituite in una stessa citazione; o ciò ha fatto il nostro art. 1346.

Questo articolo à dunque anzi tutto per iscopo di sanzionare il precedente e garentirne l'esecuzione. Ma quest'obbietto non è il solo; o sarebbe impossibile di spiegare completamente la disposizione, se ci attenessimo a questo primo motivo, come a torto fa il Demante (II, 831). L'articolo si propone altresì, oltre di questa prima idea, di restringere per quanto è possibile il numero delle piccole cause.

In fatti 1° s'esso ordina di istituire simultaneamente ed in una stessa citazione le diverse domande, non lo fa sol per quelle, la cui riunione dovrà eccedere 150 fr., ma altresì per quelle il cui insieme è inferiore a tale cifra; 2° al disopra di 150 fr. l'ordine non è prescritto soltanto per quelle in cui la prova testimoniale è vietata, e che trovansi quindi sottoposte all'articolo precedente, ma eziandio per quelle in cui la pruova testimoniale rimane assolutamente permessa, vuoi perchè siavi un principio di pruova per iscritto (art. 1347), vuoi perchè siavi stata impossibilità di avere uno scritto (art. 1348): l'articolo infatti vuole che si riuniscano tutte le domande, che non sono *interamente provate per iscritto*, e soggiunge ancora che in seguito non si ammetteranno se non quelle di cui vi sarà *pruova* per iscritto; 3° finalmente non trattasi soltanto di dritti nati su di un sol capo, ma eziandio di quelli che provengono da diverse persone, tutto che queste ultime sieno eccettuate dalla disposizione dell'art. 1345: non si può dubitarne, quando si paragona la disposizione assoluta del nostro articolo con la distinzione scritta nello articolo precedente. Or ben si vede che in queste tre idee, non è più quistione del divieto della pruova testimoniale, e che sotto questo triplice rapporto, il nostro art. 1346 tende soltanto a restringere il numero delle liti, a combinare più procedimenti in un solo, ad ottener così un più sollecito disbrigo degli affari. Se la legge qui non si fosse proposto, che di proteggere la regola fermata dall'art. 1341 e garentita dall'art. 1345, non avrebbe richiesto la riunione che per le domande, che non potevano provarsi per via di testimonii, ed avrebbe eccettuati dalla regola: 1° i dritti poggiati su di un principio di pruova per iscritto (1347) o pei quali è stato impossibile un titolo (1348); 2° tutti quelli la cui riunione non oltrepassi 150 fr. (1341 e 1345); e 3° quelli che sorpassando 150 fr. con la loro riunione o non rientrando per altro negli art. 1347 e 1348, possono eziandio provarsi per via di testimoni, perchè provengono da persone diverse.

Il motivo dunque dato dal Demante non ispiegava che una debole parte della regola presentata dal nostro articolo.

II. — Il buon senso dice chiaro, che la regola non si applica ai crediti (o altri dritti) che non son nati che dopo introdotta l'azione: sarebbe assurdo esigere che io mettessi nel numero delle mie domande quelle

di un dritto che *io* non ho, e di cui non suppongo forse nemmeno l'esistenza futura. Quando l'articolo ordina di domandare simultaneamente tutt'i crediti (non provati in iscritto), egli è in verità assai chiaro, che non parla se non di quelli che esistono, e che per conseguenza i crediti (ugualmente non provati in iscritto), che dichiara non poter essere ricevuti più tardi, sono unicamente quelli non compresi nella prima domanda, benchè già esistessero. Noi non avremmo insistito su di una tale idea, se per una abberrazione veramente inconcepibile, il Delvincourt non avesse sostenuto il contrario (sez. 2, 6 comma, 3a nota)... Per dare una certa apparenza di ragione alla sua strana dottrina, il Delvincourt comincia dall'isolare l'una dall'altra le due proposizioni dell'articolo, poi spiegando la seconda, come se fosse assoluta e indipendente dalla prima, egli dice, che quando un creditore è stato già obbligato a ricorrere alla pruova testimoniale per istabilire il suo dritto contro il diniego del suo debitore, e ch'egli ha così riconosciuto la cattiva fede di questo debitore, non si può credere che gli abbia in seguito prestato senza scritto anche una modica somma, e che perciò non è sorprendente che la legge lo ammetta a non provare un credito nato dopo la sua prima domanda che per mezzo di unoscritto.

Vi sono molte idee false in queste poche parole. E dapprima la proposizione con la quale il nostro articolo dichiara non accettabili, dopo una prima azione, le domande (non giustificate in iscritto), le quali non sono state comprese in questa azione, non è assoluta e indipendente da quella, che ordina di riunire tutte le domande nella medesima citazione, essa invece ne è la conseguenza e la sanzione: appunto perchè io rispetti l'ordine di mettere tutte le domande (non provate in iscritto) nella stessa citazione, la legge proibisce di ricevere in seguito quelle che io non vi avessi già messe. Ciò posto, s'egli è evidente che l'ordine di riunire tutte le domande non concerne i dritti non esistenti, quando istituisco la mia azione, egli è dunque evidente altresì che la proibizione di accogliere qualunque domanda non le concerne tampoco. — D'altro lato, anche mettendosi al punto di vista inesatto del Delvincourt, la ragione ch'egli dà è insieme falsa per sè stessa, e insufficiente (quand'anche fosse vera) per condurre alla sua conchiusione. È falso da un lato, ch'io non possa contentarmi di testimoni per istabilire, rispetto anche ad un debitore poco delicato, un credito non eccedente 150 fr., poichè la pruova testimoniale essendo allora ammessa, bastano questi testimoni, perch'io non sia alla discrezione del mio debitore; senza dubbio io non debbo, rispetto ad un tal debitore, privarmi di ogni specie di pruova (ed in ogni caso ciò riguarderebbe me e non già la legge) ma posso benissimo contentarmi di una pruova testimoniale, quando sono in un caso in cui la legge l'ammette. Infine quand'anche l'argomento del Delvincourt fosse per la ipotesi particolare in cui à cura di collocarsi, tanto decisivo per quanto poco lo è, non sarebbe meno insignificante per la quistione... Infatti il nostro articolo non è sol fatto per un prestito o tutt'altro credito nato per volontà del creditore, non solamente per tali crediti la domanda, nel sistema del Delvincourt, sarebbe irricettibile per non essere stata compresa nella citazione primitiva (malgrado i dritti posteriormente nati), ma per qualunque credito non giustificato in iscritto, tanto per quelli nati senza la volontà del creditore, quanto per gli altri. Questa circostanza fa toccare a dito l'errore che noi combattiamo. E che! perchè io ho istituito contro di voi, due o tre anni fa, un'azione nella quale ò dovuto riunire ed in effetti ho riunito i diversi crediti non provati in iscritto che aveva contro di voi, non potrei oggi provare con testimoni che voi mi dovete un'indennità per la ferita da voi causatami pochi settimane fa? Io sarei non ricevibile in questa nuova domanda, la cui causa è nata or son pochi giorni, per il curioso pretesto che non l'ho *istituita* due anni fa!

Il sistema del Delvincourt è dunque erroneo sotto tutti i punti, ed il vero si è, che la non ricettibilità della nuova domanda (non provata in iscritto), non essendo che la conseguenza della controvvenzione commessa col non riunire questa domanda alle altre nell'azione primitiva, questa non ricettibilità non potrebbe concernere i dritti che non sono nati se non posteriormente a quest'azione.

III. — Quanto diciamo dei diritti non ancor nati al tempo della prima azione, si estende forse a quelli la cui esigibilità non era peranco giunta?

Gli autori trovano evidente l'affermativa: ed il Bonnier segnatamente la vede sì chiara, che non solo non ne dà alcun motivo, ma si contenta altresì di enunciarla in un modo puramente incidente, dicendo: «questa prescrizione *che non abbraccia* EVIDENTEMENTE *che i debiti* SCADUTI» poi passa ad altra quistione (1) Ad onta di tale pretesa eviden-

(1) Toullier (IX 50), Favard (*Rep.* v. pruova. n. 14), Duranton (XIII-327), Dalloz (sez 2, art. 2, n. 41), Bonnier (n° 105).

za, lo Zachariae (V, 715 nota 41) si pronunzia in senso contrario, o se la sua dottrina è erronea, come è nostro parere, essa merita almeno discussione, e prova che gli autori ànno avuto torto di non affiggere maggior importanza a tale punto di dritto.

Per la negativa si dice; che il termine più o meno lontano della scadenza non entra per nulla nella quistione, e che l'art. 1345 volendo che ogni creditore, i cui dritti pervengono a 150 fr., si procuri ormai una pruova scritta (a meno del caso d' impossibilità) per tutto che aumenterà ulteriormente i suoi dritti, il suo obbligo a tal riguardo non può sparire per la circostanza, che il nuovo credito o uno degli antichi è di una scadenza remota.

Ma questa idea, la quale presenta invero una gran ragione di dubitare, non è un motivo sufficiente di decisione; ed ecco, a parer mio, quei che bisogna dire: la prescrizione stabilita cogli art. 1341 e 1345, del pari che la sanzione data dal nostro articolo 1346, son al certo ben rigorose, perchè non sia permesso andar più oltre. Questo art. 1346 presentando una disposizione eccezionale, penale, anche nella sua ultima parte, le regole dell'interpetrazione non permettono di estenderla, e tutto ciò che da esso non è proibito, rimane permesso come rieutrando nel dritto comune. Sarebbe dunque un violare i principii, fondamentali della legge sotto il pretesto di andare oltre lo spirito dei nostri articoli, l'esigere quel che essi punto non richiedono. Ciò posto, l' art. 1345, vuole che si addizionino tutte le domande fatte *nella stessa istanza*, e il nostro art. 1346 ordina di riunire nella medesima istanza e di *istituire in una stessa citazione* tutte *le domande* non giustificate in iscritto. Or non si può istituire la domanda di crediti non esigibili, questi crediti non possono dunque domandarsi nell'istanza introdotta per gli altri; essi non ricadono perciò sotto il colpo della regola.

Lo Zachariae obbietta che, se i crediti non esigibili non possono *domandarsi* nella citazione, possono almeno *indicarsi*, affinchè il ii giudice li calcoli con gli altri. — Senza dubbio io potrò farlo, ma non v'era tenuto; e la legge già mi trattava molto severamente, perchè io non sia astretto a fare più di quanto essa esigeva... L'art. 1346 m' ingiungeva di istituire ad un tempo tutte le domande (non provate per iscritto) che io doveva formare; tanto io ho fatto; l'art. 1345 prescriveva di addizionare tutte queste domande, e l'ho pur fatto; tutto dunque è finito, e domandare oltre, più non sarebbe spiegaro o applicare la legge; ma rifarla... Non cade dubbio che la legge avrebbe potuto nache andar più oltre, avrebbe potuto dire nell'art. 1346 che il creditore, domandando i crediti suscettibili di esser domandati, *indicasse* gli altri, poi ordinare nell'art. 1345, di addizionare tutti i crediti domandati o *indicati*; ma non l'à fatto, e niuno à il dritto di farlo in vece sua.

Diciamo, dunque che, se la dottrina degli altri autori è insufficiente a tal riguardo, la loro decisione è in fondo perfettamento esatta; e quella dello Zachariae è un errore indubitabile.

IV. — Ma se bisogna aver cura di non estendere le disposizioni, già tanto severe dei nostri articoli, bisogna pure ammetterle per intero, e rigettare un errore che commettono qui il Toullier (IX-49) e il Duranton (XIII-328).

Questi due autori insegnano, che le domande non giustificate in iscritto, le quali non saranno state comprese nella prima citazione, non potranno in verità stabilirsi con testimoni, ma che saranno nondimeno perfettamente ricettibili, salvo all'attore di fare la sua prova altrimenti che con testimonii, deferendo il giuramento al suo avversario — Questa dottrina è evidentemente contraria al testo ed allo spirito dell'articolo. Al suo testo: poichè la legge non dice che le domande posteriori *non potranno provarsi con testimonii*, ma che *non saranno ricevute*... Al suo spirito: poichè si è veduto avere l' articolo per oggetto di diminuire il numero delle liti, ora il volersi appoggiare al giuramento dell'avversario o provare con testimoni, sarebbe sempre una nuova lite, sarebbe sempre una successione d'istanze, là ove la legge non voleva che una sola istanza.

§ 2.

Eccezioni alla proibizione della pruova testimoniale.

I due principii che sono stati sviluppati nel paragrafo precedente cioè; 1. che la pruova testimoniale non viene mai ammessa per un interesse maggiore di 150 fr., 2° che anche al di là di questa cifra essa non è ammessibile contra nè oltre il contenuto degli atti, —ricevono eccezione in tre casi: 1° quando esiste un principio di pruova in iscritto (art. 1347), 2° quando è stato impossibile al reclamante di procurarsi una pruova in iscritto (art. 1348), 3° infine quando si tratta di materie commerciali (art. 1441).

Noi svilupperemo questi tre casi di eccezione avendo cura d' indicare, alla fine del paragrafo, i motivi per i quali rigettiamo la

dottrina, che ne vede un quarto nel consenso dato dall'avversario all'ammessione della pruova testimoniale.

1347 [1304]. Le regole superiormente stabilite soggiacciono ed eccezione, quando esiste un principio di pruova per iscritto.

È principio di pruova per iscritto qualunque atto ridotto in iscrittura, proveniente da quello contro cui si propone la domanda, o da quello che lo rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato.

SOMMARIO

I. Non vi è oggidì principio di pruova in iscritto che sotto la condizioni indicate dal nostro articolo. Errore del Toullier.
II. Così non si lo può vedere nè nell'atto privato che l'avversario niega o impugna, finchè non vi sia verifica, nè a pro d'un creditore nelle quietanze da lui sottoscritte. Errori differenti del Toullier.
III. Un atto può emanare da una persona, essendo scritto da essa, sebbene non firmato; ovvero essendo soltanto firmato: o pure non essendo nè scritto, nè firmato da essa. Ma bisogna in quest'ultimo caso che l'atto sia ricevuto da un funzionario capace di attestare da chi emana l'atto. Errore del Toullier.
IV. Lo scritto deve render l'allegazione verosimile— Questa condizione non esiste nel titolo costitutivo d'una rendita, quando si vuol provare che la prescrizione di questa rendita è stata interrotta. — Errori di due arresti. Nè nell'atto, il quale enunciando una convenzione firmata fra varie persone non avesse ricevuto l'adesione di tutte. Errore del Toullier o del Duranton.
V. Esiste nel biglietto che contiene la firma del debitore senza il *bono* richiesto dall'art. 1326. Errore del Delvincourt — E del pari nell'atto fatto semplice in contravvenzione all'art. 1325. Errore del Duranton, del Bonnier, dello Zachariae etc.
VI. Il nostro articolo non fa punto eccezione all'art. 1346.

I. — La legge proibisce di fare una intiera pruova con semplice testimonianza, ma permette di completare con questo mezzo la pruova di cui già qualche scritto ha dato un principio: i testimonii debbono essere intesi, secondo dice il nostro articolo, tutte le volte che l'allegazione cui trattasi di giustificare, già si appoggi su di *un principio di pruova in iscritto*.

Se la legge non avesse da sè stabilito, che cosa intende per principio di pruova in iscritto, si sarebbe potuto dare questo nome a qualunque scritto tale da rendere verosimile il fatto allegato; ma questa latitudine che v'era un tempo in grazia del silenzio delle ordinanze a tal riguardo, non esiste più oggidì in presenza del nostro articolo. Legalmente non vi è principio di pruova in iscritto che, quando lo scritto riuniace queste due condizioni, 1° di rendere il fatto verosimile, e 2° di emanare da colui al quale viene opposto. Invano il Toullier (IX, 70, 90, ec.) si sforza di sfuggire al testo del nostro articolo, invocando ora l'autorità d'antichi autori come il Bonnier, il Danty ec.; ora le disposizioni degli articoli 1329 (combinato col 1367), 1335 2° e 3°, 1336, per sostenere che non è a considerarsi da chi emani l'atto. Senza qui rilevare (chè ciò ne trarrebbe troppo oltre) le idee inesatte che presentano le lunghe osservazioni del dotto professore di Rennes, basta il rispondere, da un lato, che l'autorità degli antichi autori non è di peso alcuno nella quistione (poichè al loro tempo il principio di pruova per iscritto non aveva ricevuto alcuna difinizione legale) e che d'altro lato, quando anche gli articoli 1329, 1367, 1335, e 1336, traessero seco le conseguenze, che il Toullier attribuisce loro, queste disposizioni non sarebbero altro che delle eccezioni, le quali, lungi dal distruggere la regola, verrebbero a confirmarla.

Questa regola, in fatti, è troppo formale, troppo decisa, perchè sia permesso il non tenerne conto: il secondo comma è espressamente ed unicamente fatto per dirci che lo scritto, il quale rende l'allegazione verosimile, deve inoltre emanare da colui al quale viene opposto.

Bisogna dunque riconoscere che il Toullier è qui in errore, e tenere per certo con gli autori e gli arresti queste due proposizioni: 1° per la pruova di convenzioni o altri fatti anteriori al codice civile, i giudici non debbono considerare da chi emana l'atto; 2° ma per le specie regolate dal Codice, i giudici non potrebbero ammettere uno scritto non provveniente dall'avversario (o dal suo autore o rappresentante) senza violare il nostro articolo, e quindi incorrere nella cassazione (1).

II. — Questo primo e capitale errore del Toullier è senza dubbio la cagione degli errori di applicazione, nei quali questo autore è qui caduto.

Così, per esempio, egli è ben chiaro, che, se il mio avversario niega essere sua la scrittura o la firma che io pretendo attribuirgli, o sconosce questa scrittura o questa firma sua o del suo autore (art. 1323 e 1324) egli è evidente, che lo scritto invocato da me come principio di pruova, non potrebbe aver questo effetto che dopo la verifica giudizia-

(1) Merlin, (*Rep.* v. princ. di pr.) Duranton (XIII-352), Bonnier (n. 107-108); Zachariae (V, p. 133) Sebire et Carteret, (v. princ, di pruova) Demolombe (V-503); Rig. 17 nov. 1829; Rig. 16 ag. 1831; Cass. 20 dic. 1839. (Dev. 31, 1, 401; 40, 1, 139).

ria, finchè resta contestato il punto di sapere, se la scrittura è o non è della persona a cui io l' attribuisco, è ben chiaro che non si può dire, che l'atto emana da questa persona; poichè precisamente questo è il punto in quistione. Mentre dunque il Toullier (IX-76) mette fra gli scritti che formano principio di pruova gli atti sotto forma privata, la cui scrittura o firma vengano negati o sconosciuti, ei cade in un grave errore, che respingono con ragione il Bonnier (n. 108) e lo Zachariae (V, p. 731).

Il Toullier è similmente nell'errore, quando insegna (IX-99), che il creditore d' una rendita, al quale l'erede del debitore oppone la prescrizione, può, per giungere a provare con testimonii l' interruzione di questa prescrizione, invocare come principio di pruova in iscritto le quietanze di annualità ch' egli ha date a questo debitore (e di cui un inventario stipulato nel domicilio di questo debitore, dopo la morte, constatasse la presenza fra le altre carte di costui). Egli è palpabile in fatti che tai quietanze non sono atti emanati dal debitore, ma che emanano al contrario dal creditore. Senza dubbio queste quietanze, se non per sè stesse, almeno pel fatto della loro presenza tra le carte del debitore, possono rendere verosimili contro di lui i pagamenti che enunciano, e che il creditore pretende di aver avuto luogo; ma se presentano così la seconda condizione, richiesta dal nostro articolo, punto non presentano la prima: non sono atti emanati da colui a cui si oppongono. — Diciamo che queste quietanze possono rendere soltanto *verosimile*, contro il debitore, la realtà dei pagamenti allegati dal creditore, noi non potremmo ammettere che mai non la rendano *certa*, ed è questa una nuova contradizione alla dottrina del Toullier. Il celebre professore in fatti insegna che, se vi è semplice principio di pruova (e per conseguenza semplice verosimiglianza dei pagamenti allegati), quando le quietanze inventariate si riferiscono a pagamenti posteriori a quelli che il creditore pretende avere interrotto la prescrizione, vi sarebbe al contrario pruova completa (e quindi certezza acquistata della realtà di siffatti pagamenti), se le quietanze si riferissero precisamente ai pagamenti allegati come interruttivi. Or quest' idea è inammessibile.... quando invocasi una quietanza per provare ciò che precisamente ha per oggetto di constatare, cioè la liberazione del debitore; quando invocasi da colui stesso di cui è essa il titolo, vale a dire dal debitore contro il suo creditore, senza dubbio pruova contro questo creditore il pagamento che enuncia e rende già verosimili i pagamenti anteriori. Ma quando è il caso inverso, e la quietanza viene invocata contro il debitore dal creditore, che l'ha scritta, essa non può essere una pruova completa, poichè non sarebbe impossibile che un creditore, dopo compiuta la prescrizione della sua rendita, mettesse o facesse porre fra le carte del debitore, alla costui insaputa, sia una quietanza, sia una raccolta di quietanze indicative dei pretesi pagamenti di annualità, che non avessero mai avuto luogo.... le quietanze adunque non potran mai, quando verranno invocate dal creditore, rendere certi i pagamenti di lui invocati; non potrebbero che renderli verosimili; ma siccome da altra banda questi atti non emanerebbero allora da colui al quale vengono opposti, non potranno neppure essere per un tal creditore un principio di pruova per iscritto.

III.—Il principio di pruova per iscritto può rinvenirsi tutt' al più, sia in una scrittura firmata dalla persona, sia in alcune righe da lei tracciate e non sottoscritte; sia anche in fine in taluni atti da lei non scritti nè firmati. Così da una parte le enunciative consacrate da una persona, vuoi nei suoi registri, vuoi in una missiva, vuoi altrove, potranno evidentemente, anche quando non fossero sottoscritte, servire di principio di pruova per iscritto di tutti i fatti, che queste stesse enunciazioni renderanno verosimili; poichè le condizioni richieste dal nostro articolo trovansi riunite; vi è uno scritto; questo scritto emana da colui al quale si oppone; esso rende verosimile il fatto allegato. — Da altro lato l' atto che non fosse nè scritto nè segnato dalla persona non sarà men suscettibile di costituire un principio di pruova contro di lei, se è un atto autentico che abbia il suo valore indipendentemente dalla sottoscrizione di tale persona. In questo caso sarebbe un atto notarile, al quale voi siete intervenuto senza sottoscriverlo, ma che menziona, che il manco di vostra firma si è perchè voi non sapevate o non potevate sottoscrivere; parimente un processo verbale d' interrogatorio su fatti e circostanze (art. 321, 336 c. pr.) di comparsa al burò di conciliazione (art. 48, 58 c. pr.) ec. ec. (1).

Ma se l'atto che non è così nè scritto nè sottoscritto dalla persona fosse nullo, vuoi per vizio di forme, vuoi per incompetenza o incapacità dell' ufiziale redattore, l'ufiziale che avesse così agito al di là delle condizioni volute dalla legge, si troverebbe non aver avuto missione per constatare le enunciazioni dell'atto, e non si potrebbe più dire in conseguenza, che un tale atto emani dalla persona. Perchè la nullità dell' atto autentico non impedisse

(1) Rig., 6 apr. 1836, 19 giug. 1839; 21 feb. 1813, 15 marzo 1843, (Dev., 1836 I, 737; 1820 I, 862; 1813, I 560 e 681).

di servire di principio di pruova contro di uno, sarebbe mestieri ch' egli l' avesse sottoscritto; ma quando da una parte non v'è sottoscrizione della persona, e dall' altra quando si è a fronte di un funzionario, alle cui enunciazioni la legge più non impone di aggiustar fede, egli è chiaro che l' atto non può considerarsi come emanante dalla persona e che quindi è legalmente impossibile di opporglielo. La dottrina contraria del Toullier (IX-90) è dunque un novello errore (1).

Egli è ben evidente per altro, che la persona a cui si oppone l' atto, non ha bisogno di esser fisicamente quella, dalla quale l' atto emana: è ben chiaro che, qui come dovunque l' erede non fa legalmente che identica persona col suo autore; che il mandante è legalmente la stessa persona del suo mandatario, ec.

IV. — La seconda condizione voluta dal nostro articolo come dal buon senso, perchè lo scritto autorizzi l' ammessione della pruova testimoniale, si è che esso renda verosimile il fatto che trattasi di provare. Onde bisognerebbe ben guardarsi dall' ammettere, come àn fatto due arresti (2) che il titolo costitutivo di una rendita possa servire di principio di pruova, affine di stabilire, che la prescrizione invocata dal debitore è stata interrotta; poichè è ben evidente che questo titolo non rende nè certa nè verosimile l' interruzione di prescrizione che il creditore allega e vuol provare: il titolo prova benissimo che la rendita era dovuta; ma quando il debitore, mentre riconosce l' esistenza anteriore della rendita, si garentisce mercè la prescrizione, e che il creditore pretende e vuol provare che tale prescrizione è stata interrotta, egli è palpabile, che lo scritto che fa prova della rendita non dia alcuna verosimiglianza all' interruzione allegata, e nulla significa nè pro, nè contro tal fatto. Esso dunque non costituisce un principio di pruova; e la decisione degli arresti accennati è un errore che non si comprende, e che a ragione rigettano gli autori ed altri arresti più recenti (3).

Non potrebbesi neppure scorgere verosimiglianza di una convenzione allegata, nè quindi il suo principio di pruova per iscritto nell' atto, il quale enunciando tale convenzione come formata fra più persone, fosse stato sottoscritto da qualcuna di esse soltanto e respinto dalle altre. P. es. quando uno scritto autentico o privato, poco monta, presenta Pietro come colui che vende il suo immobile a cinque compratori solidali, e tre solamente di essi àn segnato col venditore, non avendo voluto gli altri due attuare la convenzione progettata, l' atto, checchè ne dicano il Toullier e il Duranton (V. art. 1318 n. IV) non potrebbe essere contro i sottoscrittori nè una pruova, e neanche un principio di pruova, e non autorizzerebbe nè i sottoscrittori che volevano comprare, nè colui che voleva vendere, a provare con testimoni che la vendita al è attuata e debbe eseguirsi. Noi abbiam già dimostrato (*loc. cit.*) che un simile atto punto non fa pruova; egli è facile di scorgere che esso non è molto meno un principio di pruova.

Infatti la sottoscrizione di Pietro ben pruova il suo consenso di vendere allo cinque persone designate nell' atto; ma essa non rende nè certo nè verosimile, ch' egli abbia consentito di vendere alle persone che ànno sottoscritto: forse per la presenza di uno di coloro che àn ricusato di accedere al contratto, egli si sarebbe deciso ad alienare. Similmente la sottoscrizione delle altre tre parti ben pruova il consenso di comprare in cinque, in comune; ma non rende nè certa, nè verosimile la volontà di comprare in tre. A dir breve, l' atto con le quattro sottoscrizioni che porta, ben pruova che vi è stato progetto di una vendita a fare a cinque persone da una sesta, e che tale progetto respinto da due di queste sei persone, è stato accettato dalle altre quattro; ma non rende in alcun modo verosimile, che siasi sostituito a questo progetto andato a vuoto una vendita da farsi a cinque, la realizzazione di una vendita fatta a tre neppure, (il che più importa, il progetto di questa vendita a fare a tre, alla quale nulla indica che siasi mai pensato). L' una delle parti non potrebbe dunque prevalersi di questo scritto per essere ammessa a provare con testimonii che la vendita à avuto luogo; e ciò dice con molta ragione l' arresto di rigetto del 26 lug. 1832; « atteso che » il rifiuto di due fra cinque compratori avendo infranto il contratto, quale erasi ideato, un novello accordo fra le parti, e la » pruova di questo nuovo accordo non poteva farsi con testimonii; la vendita sottoscritta da taluno dei cinque acquirenti » essendo una pruova di vendita a cinque, » e non potendo servire nè di pruova nè di » *principio di pruova* di un'altra vendita fatta a due o tre (Dev., 32, 1, 492) ».

Il Toullier e il Duranton sono dunque ben lungi dalla verità quando insegnano, che un

(1) Pothier (Oblig. n. 809; Duranton (XIII-352; Zachariae (v. p. 733.)

(2) Tolosa 18 mag. 1831; Caen 20 mag. 1840 (Dev., 31, 2, 207; 40, 2, 300).

(3) Toullier (IX 97), Troplong, (Prescriz. II-622), Foelix ed Henrion) *Rend. pred.* n. 411; Riom, 4 mag. 1811, Douai 19 gen. 1812, (Dev. 41, 2, 331; 32, 112).

simile atto fra segnatari forma, non già un principio di pruova, ma sibbene una pruova completa.

V. — Al contrario lo scritto rende l'allegazione evidentemente verosimile, e quindi forma il principio di pruova autorizzante l'ammissione della pruova testimoniale, quando si tratta di un biglietto (o altra promessa unilaterale) firmato dalla persona a cui viene opposto, e al quale non manca, per fare pruova intera, che l'essere munito del *bono* o *approvato* di questa persona, come l'esige l'art. 1326.

In fatti, non perchè la legge non ammette, come pruova bastevole del debito, il biglietto che non è sottoscritto dalla persona, non si può conchiudere, che la sua idea sia che un tal biglietto non è *mai* sincero e proviene *sempre* o dall'errore della persona che à firmato ben altra cosa di ciò che credeva firmare, o dall'abuso che si è fatto della sua firma, messa di fiducia o senza alcun oggetto su d'una carta bianca. Una tale idea sarebbe troppo irragionevole, troppo contraria alla verità dei fatti: poichè su di un dato numero di biglietti soltanto firmati, ve ne sarebbe certamente molto più veri che fraudolenti. L'idea della legge non è dunque, che il biglietto semplicemente sottoscritto è sempre fraudolento, ma solamente che può facilmente esserlo; e soltanto la facilità della frode impedisce di ammetterla come pruova completa. Ma poichè egli è così, poichè è ben certo, che un tal biglietto sarà molto più spesso sincero che fraudolento, esso rende dunque probabile, verosimile il debito che enuncia, e permette quindi di provarlo con testimonii. Senza dubbio potrà ben altrimenti succedere secondo le circostanze particolari della specie: per esempio potrà darsi che la natura e la forma della carta, del pari che il posto rispettivo della firma e della scrittura, dieno luogo a credere, che questa scrittura è stata posta subito dopo al di sopra d'una firma gettata a caso su d'uno straccio di carta bianca; in tal caso lo scritto non darà al debito alcuna verosimiglianza. Ma in massima è ben altrimenti, per la ragione ben semplice, che la frode, per facile ch'essa qui sia, sarà nondimeno una eccezione. La dottrina contraria del Delvincourt e di qualche arresto, di cui l'ultimo è stato reso dalla corte di Lione il 26 gen. 1828, deve dunque essere rigettata, e lo è in effetti dalla generalità degli autori e dalla giurisprudenza (1).

Questa verosimiglianza, e quindi il principio di pruova in iscritto esiste ancora, checchè se ne abbia potuto dire nell'atto privato, il quale enunciando una convenzione sinallammatica è stato firmato da tutte le parti, ma senza essere in doppio come il vuole l'art. 1325. Questo punto in vero, all'opposto del precedente, è controvertitissimo(2); ma ci sembra non pertanto incontestabile.

In fatti perchè siavi principio di pruova per iscritto, è uopo, giusta il nostro articolo, che si presenti uno scritto, ch'esso emani da colui al quale lo si oppone, affinchè renda verosimile il fatto che si domanda di provare. Or v'è qui forse uno scritto? Ciò è evidente. Questo scritto emana dall'avversario?... Ciò è puro evidente, poichè è sottoscritto da lui. Questo scritto infine rende verosimile la convenzione che racchiude?... Ci sembra, ad onta di tutti gli sforzi fatti, che questo terzo punto è evidente al pari degli altri due. E che! Io presento un atto che spiega e consacra per disteso una vendita fattami da Pietro; l'atto è sottoscritto e da Pietro e da me: e si pretende che quest'atto non dia alcuna verosimiglianza alla mia pretensione, che la vendita à avuto luogo! In verità si è negar l'evidenza, e la controversia su di una simile quistione non potrebbe spiegarsi se non dalla preoccupazione che lo studio del dritto fa sorgere negli animi, a causa delle migliaia di regole di dettaglio da cui è sopraccaricato: si è questo altresì uno di quei punti in cui le sottigliezze della scienza vengono a soffocare la voce delle ragione e del buon senso...

No, può dirsi, il vostro atto non potrebbe, *in dritto*, render verosimile la vendita; in fatto voi avete ragione; in fatto si può dire che lo scritto sottoscritto rende la vendita verosimile ed anche certa; ma giusta la buona o cattiva teoria della legge può ben diversamente. L'art. 1325 dice, che una con-

(1) Merlin (*Rep.* v. *Biglietto* § 1); Toullier (VIII-281) Duranton (XIII-189), Zachariae (V, p. 666); Bonnier (n. 534); Lione 18 dic. 1828; Ric. rig. 1° lug. 1828; Ric. Rig. 4 febb. 1829; Bordeaux 31 marzo 1830; Ric. rig., 4 mag. 1831; Ric. rig. 31 marzo 1831; Metz 28 marzo 1833; Ric. Rig. 18 nov. 1834; Ric. rig. 6 febb. 1839; Ric. rig. 26 febb. 1845. — Devill., 31, 1, 197; 32, 1, 251; 33, 2, 49, e 1, 393; 39 1, 389; 45; 1, 731.

(2) *Neg.* Merlin (*Rep.* v. scritt. depp., n. 8), Delvincourt (t. II), Solon (*nullità*, II-29), Boncenne (IV-197), Dalloz, (art. 3, n° 9) Troplong, (*Vendita*, 1-33), Toujot (n 8); Bordeaux, 3 marzo 1826; Besanzone 12 giug. 1828; Grenoble, 2 agosto 1839. — *Aff.* Favard (*Rep.* v. atto sotto priv. scritt., sez. 1, § 2), Duranton (XIII-164), Chardon (dolo, t. 125), Bonnier (n. 563), Zachariae, (V, p. 652) Amiens, 15 lug. 1726; Bourges, 29 marzo 1831, Bordeaux 21 lug. 1839, (Dev 40, 2, 191).

venzione sinallammatica non è legalmente provata per iscritto, che quando se ne sono segnati due originali simili, con la menzione della duplicità dell' atto: dunque legalmente l' atto unico prova soltanto un progetto; or la constatazione di un progetto non ne rende nè certo nè verosimile l' attuamento. — Quest' argomento che forma il sostegno del sistema contrario non potrebbe sostenersi a fronte di un serio esame, Commettesi qui, in quanto all' art. 1325, l' errore commesso dal Delvincourt in quanto all' art. 1326, e che noi abbiam veduto respinto con ragione e dagli autori e dalla giurisprudenza. Si ragiona, come se il pensiero del legislatore, in questo art. 1325, fosse che un atto non fatto in doppio, tutto che segnato dalle parti, altro non sarà *sempre*, che il risultato di un semplice progetto, mentre ben evidentemente, il suo pensiero è soltanto che così potrebb' essere *qualche volta*...

Un atto il quale enunci accuratamente il contratto fermato tra diverse persone, il quale attesti l' attuamento di un tale contratto, e porti la sottoscrizione di tutte queste persone è certamente alcun che di ben grave; e se talvolta può esistere, allorchè la convenzione non è ancora che in progetto, non potrà più esser dubbio per alcuno, che il più sovente non esisterà che dopo formato il contratto; non è un caso ordinario certamente, non è che eccezionale di sottoscrivere da una parte e dall' altra come assodata una convenzione semplicemente progettata, per non legarsi diffinitivamente che facendo in seguito un doppio originale. Or ciò tronca la quistione... Da una banda, l' apposizione delle sottoscrizioni potendo talvolta presentarsi per un semplice progetto, l'art. 1325 vieta di vedere in queste sottoscrizioni la certezza della formazione del contratto; ma siccome da altra banda quest' apposizione sarà molto più spesso il risultato di un contratto formato, egli è chiaro che, nel provare in dritto questo contratto, essa lo rende, in dritto come in fatto, probabilissimo e verosimilissimo.

VI. — Il Codice ci dice che al mezzo di un principio di pruova per iscritto, àvvi eccezione *alle regole di sopra citate*: ma si deve comprendere dalla spiegazione e dal testo medesimo dell' art. 1346, che l' eccezione non si applica a quest' ultimo. Ed è evidente, poichè la sua regola (che consiste, come si sa, ad ordinare la riunione in una sola citazione di tutte le domande, che il creditore può istituire contro il suo debitore sotto pena di non ricettibilità di quelle ch' egli non comprendesse) è fatta per tutte le domande che non sono interamente provate in iscritto. La regola dell' art. 1346 si applica così, non ostante il testo del nostro art. 1347 al caso di un principio di pruova per iscritto, come applicasi pure non ostante il testo dell' art. 1348 al caso d' impossibilità di avere una pruova scritta.

Ciò si spiega facilmente. L' esistenza di un principio scritto di pruova e l' impossibilità di avere uno scritto non dovevano far cessare che la proibizione della pruova testimoniale, or come la regola dell' art. 1346 non à pel momento in vista siffatto divieto della pruova testimoniale, ma ancora la diminuzione del numero delle liti (anche nel caso in cui la pruova testimoniale è ammessa), l' eccezione creata dai nostri art. 1347 e 1348 non doveva riguardare tale regola. Egli è vero che questi due articoli ànno il torto di dire in modo assoluto, che essi formano eccezione *alle regole anzidette*, senza distinzione; ma questo vizio di redazione nulla ha di sorprendente, quando si nota che l' art. 1346 non esisteva, allorchè i due altri sono stati redatti, e non è stato inserito nel progetto che poco dopo, senza che siasi allor pensato a modificare i due testi, di cui questa addizione rendeva troppo ampia l' espressione.

1348 [1302]. Le predette regole soggiacciono pur anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione che è stata contratta verso di lui.

Questa seconda eccezione si applica,

1. Alle obbligazioni che nascono dai quasi contratti, dai delitti o quasi-delitti;

2. Ai depositi necessari fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, ed a quelli fatti dai viaggiatori nelle osterie dove alloggiano, e tutto ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3. Alle obbligazioni contratte in caso d' accidenti impreveduti, che non permettessero di fare atti per iscritto;

4. Nel caso in cui il creditore avesse perduto il documento che a lui serviva di prova per iscritto, in conseguenza di un caso fortuito, impreveduto e proveniente da una forza irresistibile.

SOMMARIO

I. Divisione dell' articolo in due regole. — La prima è che la pruova testimoniale è ammessa tutte le volte che non si è potuto fare uno scritto.

II. Il 1°, il 2° e il 3° non sono che applicazioni di questa regola. Essa non abbraccia tutti i quasi contratti, e se l' allegazione di un delitto o

quasi delitto implica quella di un fatto pel quale potevasi avere uno scritto, la pruova testimoniale è altresì inammessibile. Errore di qualche arresto.

III. Questa prima regola comprende degli oggetti di pruova non indicati dal testo, segnatamente il dolo, l' errore, la violenza ec.; ma se si può provare con testimoni *il dolo* (errore ec.) al quale si attribuisce un contratto, non si può provare così *il contratto* che si attribuisce al dolo. Errore di un arresto.

IV. Per la stessa ragione, la pruova orale della simulazione di un atto non è in generale permessa all' autore dell' atto, come lo è al terzo. È altrimenti, se questa simulazione celi una frode alla legge.

V. Seconda regola: spiegazione del 4°: la pruova testimoniale è ammessa, quando vi è stata impossibilità di conservare la pruova scritta... ario in generale a stabilirsi in tal caso. Non è ne... letto lo scritto nerale che i testimoni ab... e ne rapportino il c...enuto Errore di Toullier; Duranton, ...ariae e Bonnier.

VI. Altri ... di un arresto di cassazione e del Mangin.

VII. Vi è pure eccezione ai due principii dell' articolo 1341 in materia commerciale. Doppio errore di dritto e di fatto del Bonnier. — L' eccezione si applica alle rimesse fatte ad imprenditori di trasporti d' oggetti destinati ad essere trasportati.

VIII. Non esiste altra eccezione; e la pruova testimoniale non diviene ammessibile pel consenso che vi dia l' avversario. Cont'ove tito.

I. — I due principii dell' art. 1341 ricevono una seconda eccezione, tutte le volte che il manco di scritto non è per nulla imputabile alla persona, e risulta dalla forza delle cose.

Questo caso di eccezione, che il nostro articolo non formola in una maniera generale, si suddivide in due eccezioni distinte secondo che vi è stata per la persona impossibilità di procurarsi uno scritto, (il che abbraccia il 1° 2° e 3° dell' articolo) o soltanto impossibilità di conservare lo scritto che aveva cercato procurarsi (è il 4). La redazione del nostro articolo non è regolare, quando presenta il suo quarto caso, al pari dei tre primi come rientrante nell' impossibilità di procurarsi lo scritto; egli è chiaro che se vi è distruzione o perdita del mio scritto, lo aveva donque potuto procurarmene uno.... Sicchè, impossibilità di fare lo scritto (1 2, e 3); — impossibilità di conservare lo scritto fatto (4°).

E dapprima, la pruova testimoniale è ammessa in tutti i casi, (e in quelli solamente) in cui vi è stata, per colui che l'invoca, impossibilità, sia fisica, sia morale, di farsi dare una pruova in iscritto... Questa è la regola. Così domanda la ragione; ed è così che il comma del nostro articolo ce la presenta, dicendo d' una maniera assoluta, che non vi è luogo alla pruova orale, *tutte le volte che non è stato possibile di procurarsi una pruova letterale*. Tale è la regola, e le proposizioni del 1, 2, e 3, non sono che esempii e casi di applicazione, che non potrebbero renderla nè più larga, nè più stretta. Non devono renderla più larga, e tutto che il 1. parli di quasi-contratti assolutamente e senza distinzione, la pruova testimoniale non sarebbe ammessibile pel quasi contratto... cui vi è stata possibilità renderla più stretva scritta. Ne... stata daddovero impossibilità ta, ad avere uno scritto, la pruova testimoniale è ammessibile, tutto che non si sia in uno dei casi di dettaglio indicati dal testo.

È mestieri che siavi stata impossibilità; ma basta una impossibilità morale. Ciò provano benissimo gli esempii di depositi fatti in un albergo, e di cui parla il 2, ed è d' altronde un ponto assodato dalla giurisprudenza (1).

II. — 1.° Il nostro articolo applica in primo luogo la sua regola ai quasi-contratti, delitti e quasi delitti.

Non in tutt' i quasi contratti assolutamente, e in quanto alcuo quasi contratti, applicasi la regola: ma solamente nella più parte dei quasi-contratti, ed in quanto che siavi stato per il reclamante impossibilità di avere una pruova letterale. Così la pruova per testimoni non sarebbe permessa a colui che pretendesse avermi pagato 500 fr. che non mi erano dovoti (art. 1376), chè egli à potuto e dovuto pagandomi questi 500 fr. ritirarne una quietanza. Egli non è dunque stato nella impossibilità di avere una pruova scritta del pagamento che allega.

Per i delitti e quasi delitti, come per il resto, l' eccezione si applica sempre, unicamente all' impossibilità; e se l' allegazione di un delitto implica quella di un contratto o altro fatto lecito, che questo delitto presoppone, e che poteva constatarsi per iscritto, colui che non provasse questo fatto per iscritto (o col mezzo di un principio di pruova per iscritto) non potrebbe provare con testimoni il delitto stesso. — Così quando io allego contro di voi la violazione di un deposito (non necessario) o di un mandato, la mia domanda implica due idee, ed à due oggetti: la formazione di un contratto tra voi e me, e la violazione di tal contratto per parte vostra. Or, se il secondo oggetto può provarsi con testimoni, giusta il nostro articolo (poichè è un delitto di cui mi è stato impossibile avere una pruova scritta) non è così del primo, del contratto, che io ò potuto e dovuto constatare per iscritto. Diverse decisioni che

(1) Parigi, 9 apr. 1821; Bourges, 24 nov. 1824; Pau 1 apr. 1840, Rig. 19 mag. 1841. — Dev. e Car., 1841, 1, 515.

avevano sconosciuto siffatta distinzione, scritta per tanto nella natura delle cose, sono state ed a ragione cassate dalla corte suprema (1)— Parimenti se io pretendo, che l'atto che voi mi opponete, sia come quietanza, sia altrimenti, non è che il frutto dell' abuso da voi fatto di uno scritto firmato in bianco ch' io vi aveva confidato; io allego due fatti che la legge non [illegible] allo stesso modo; da un lato io [illegible] to in bianco, dall' altro [illegible] affidato uno scritto [illegible] voi fabbricata la pretesa quietanza illecitamente [illegible] cè essa scrittura in bianco. Or, se la pruova orale mi è aperta pel 2° fatto, essa non lo è pel primo, poichè la consegna di uno scritto in bianco punto non è un delitto, è un fatto lecitissimo, e di cui io ben poteva domandare un ricevo: io non sono stato nella impossibilità di procurarmi una pruova scritta. È questo un punto riconosciuto dalla giurisprudenza(2).

Dall' esempio desunto dai quasi contratti, delitti e quasi delitti, la legge passa a quello di depositi necessarii.

Chiamansi propriamente depositi necessarii quelli ai quali il deponente trovasi astretto da una fisica necessità, risultante da un incendio, da un' inondazione, da un naufragio o altri analoghi accidenti (art. 1348-2, 1949) e il nostro articolo come il 1952 mette sulla medesima linea quelli fatti da viaggiatori negli alberghi, locande, ove discendono; poichè esiste allora una necessità morale che deve trar seco le stesse conseguenze. Avvi per tali depositi, e in ragione, or del pericolo che non permette di divertirsi a redigere atti, or dell' estrema difficoltà che l' obbligo di tale redazione incontrerebbe da parte de' viaggiatori e degli albergatori, impossibilità fisica in un caso, morale nell' altro di avere una pruova scritta, e quindi la pruova testimoniale è formalmente permessa dal nostro articolo, come dal 1951.—Del resto siccome questa eccezione, per ragionevole che sia, potrebbe facilmente dar luogo ad abusi; la legge, non la ferma in modo assoluto, e nel senso che il giudice debba sempre ammettere la prova testimoniale. Al contrario essa dà al giudice un potere discrezionale, che gli permette di ammettere o rigettare la domanda, secondo che la natura, la quantità e il valore degli oggetti reclamati, la posizione e il carattere delle persone, e tutte le altre circostanze dell' affare danno o tolgono verosimiglianza alla pretensione, *il tutto*, dice l' articolo, *a seconda della qualità delle persone e le circostanze del fatto*.

In quanto al punto di sapere, se si può egualmente provare con testimoni la consegna fatta ad un vetturale di oggetti destinati ad essere trasportati, lo esamineremo più in là al n. VII.

3. L' eccezione che il 2 applica al deposito necessario impropriamente detto, il 3° la ferma generalmente per tutte le obbligazioni contratte in seguito di altri accidenti impreveduti, e nei quali la redazione di uno scritto si è parimenti trovata impossibile.— Così io [illegible] un luogo isolato viaggiando con amici, m' [illegible] in un altro amico spogliato da' ladri e gli [illegible] 200 fr. per continuare la sua via. Parimenti un militare nel *salva-salva* di una sconfitta, divide la sua borsa con un camerata senza denaro, e ciascuno di essi fugge. In questi casi ed altri analoghi non v' era possibilità di redigere uno scritto; e se il debito fosse in seguito negato da colui che aveva tolto a prestito; o i suoi eredi, dopo la morte di lui, dichiarassero non averne conoscenza, il prestante potrebbe provarlo con testimoni; egli è inoltre evidente che per analogia del 2 il giudice godrebbe qui del potere discrezionale di cui più sopra si è parlato.

III. — Abbiam già detto che, se i casi di applicazione indicati dal 1, 2 e 3.° del nostro articolo non possono estendere la regola di dritto e di ragione proclamata dal primo comma, molto meno possono restringerla: la prova testimoniale non è ammissibile che quando il reclamante non à potuto procurarsi una pruova scritta; ma lo è tutto le volte che non l' ha potuto.

Così lo potrò benissimo, benchè l' articolo non ispecifichi tal caso, provare con testimoni l' errore, la violenza, o il dolo che pretendo avermi determinato a formare tale convenzione, o ad attuare tal atto o tal fatto. Egli è evidente in effetti che non ho potuto farmi dare una ricognizione scritta, sia pel dolo che si praticava verso di me, sia per la violenza di cui era vittima, sia dell' errore nel quale io mi trovava: l'impossibilità qui toccasi a dito. — Dicasi lo stesso del terzo, il quale domanda di provare, che un atto a lui pregiudizievole non è che simulato, e nulla ha di serio, o che è colpito di frode. Egli è ben chiaro che questo terzo non à potuto domandare una riconoscenza scritta della fro-

(1) Cass. di una decis. di Nimes 26 sett. 1825; Nimes 20 febbraio 1828; Cass. di decis. di Aix 16 mag. 1829; Orleans, 12 giug. 1835; Rig. 25 dic. 1835: Cass. di una decis. di Mompellier, 20 apr. 1844, (Dev. 1836, 1., 141; 1844, I. 948.)

(2) Rig. 5 mag. 1831, Tolosa 5 giug. 1844; Riom 30 marzo 1844; (Devill. 1831, I, 188; II, 12; 1844, II, 321).

de o della simulazione compiuta si in suo pregiudizio.

Tutti questi casi rientrano dunque nella regola che permette la prova orale a chiunque non sia stato nella possibilità di procurarsi una pruova letterale. La giurisprudenza è costante a tal riguardo (1).

Ma s' io posso ben ricorrere alla prova testimoniale *per provare il dolo* (o l' errore ; o la violenza) ch' io pretendo aver dato luogo al contratto, non è una ragione per dire, come talvolta si è fatto, ch' io vi possa ricorrere *per provare il contratto* ch' io pretendo provvenire dal dolo (o dalla violenza o dall' errore) che il mio avversario sostiene di non essere esistito. Così quando io sostengo, che la vendita da me fattavi di tali oggetti, vendita la cui esistenza non è per nulla da voi contestata, non è stata da me consentita che in seguito di un dolo che mi permette di far annullare il contratto, io non domando di provare che il dolo, e posso quindi provarlo per via di testimoni : ma se io sostengo contro di voi il quale pretendete non aver mai fatto alcun contratto con me, che voi m'avete condotto col dolo a depositare tali oggette presso di voi, io domando allora di provare due cose : che vi sia stato dolo praticato da voi contro di me, e che un contratto di deposito si è formato tra noi; or se si può provare con testimonii il primo punto (l' esistenza del dolo), non è così del secondo (la formazione del contratto). La circostanza che il deposito (da me allegato, e che voi negate), provenisse da un dolo, non impediva di esigere da voi uno scritto ; non sono stato dunque nella impossibilità di procurarmi una pruova scritta di questo deposito, e non posso quindi provarlo con testimonii. Fa sorpresa che una corte di appello abbia potuto giudicare il contrario, confondendo così la pruova da farsi di *un dolo*, con la pruova da farsi *di un contratto* proveniente dal dolo ; e con ragione la sua decisione è stata cassata dalla corte suprema. L' arresto di cassazione (2) è quello che abbiamo già citato per appoggiare quest' altra proposizione stabilita più sopra (num. II) è che quando il delitto che si vuol provare presuppone l' esistenza di un contratto (o altro fatto lecito) contestato come il delitto stesso, la pruova complessa, da farsi allora, non può amministrarsi solamente con testimoni ; poichè se l' impossibilità d' una pruova scritta, e quindi l' ammissibilità della pruova testimoniale esistono per il delitto, esse non esistono pel contratto. Queste regole del n.° II e quella di questo n.° III si presentavano tutte e due nella specie. L' attore in fatti, voleva provare per testimoni ch' egli era stato condotto col dolo dal suo avversario ad effettuare in suo potere un deposito che questi in seguito aveva violato : ora, in questa allegazione vi erano tre cose, dolo che ha dato luogo al deposito, realizzazione del contratto di deposito, violazione la seconda di posito ; e siccome la realizzazione del contratto non era di natura a potersi provare con testimonii, (poichè il deponente avrebbe potuto benissimo trarne uno scritto) e che dall' altro lato la prova offerta simultaneamente sui tre punti era semplicemente orale, egli è palpabile che questa pruova non doveva essere ammessa.

Lo ripetiamo, voi potete ben provare con testimonii il dolo, l'errore, la violenza, a' quali attribuite la realizzazione di un contratto; ma non potete provare con testimoni *il contratto* che voi attribuite alla violenza, all'errore o al dolo ; a meno che, ben inteso, nel caso di violenza, questa violenza non sia allegata, come quella che abbia avuto precisamente per oggetto l' impedirvi di procurarvi uno scritto dall'altra parte con voi contraente. Allora in effetti, la vostra allegazione consiste nel dire, che voi siete stato nella impossibilità di ottenere una pruova scritta; e provando con testimoni la violenza che vi ha messo in questa impossibilità, voi potrete provare anche con testimoni il contratto medesimo.

IV.—Parimenti, mentre che la pruova testimoniale della simulazione di un atto può benissimo, come l'abbiam già detto, farsi dal terzo al quale quest'atto pregiudica, perchè vi è stata per lui impossibilità di averne una pruova scritta, non potrebb' esserlo per colui ch'è stato parte all'atto, e che è così uno degli autori della simulazione; chè era facilissimo a costui di procurarsi una pruova scritta di questa simulazione.

Così, quando noi sottoscriviamo un atto col quale io dichiaro vendervi la mia casa, ma che la pretesa vendita non è che apparente e fittizia; i miei creditori ben potranno provare la simulazione per testimoni, perchè è stato loro impossibile di averne una pruova scritta; ma io nol potrei, chè nulla m' impediva di farvi sottoscrivere una controscrittura, la quale smentisse l' enunciazione dell' atto

(1) Bordeaux 22 gen. 1828 ; Tolosa 15 marzo 1834 ; Bordeaux 7 marzo 1835 ; Tolosa 22 gen. 1838 ; arresti della Corte Supr. del 24 marzo 1820; 26 apr. 1830, 4 genn. 1831; 1 febb. 1832 ; 20 dic. 1832 ; 31 lug. 1833 ; 3 giug. 1835 ; 4 febb. 1836 e 28 nov. 1838; 2 lug. 1739 (Dev. e Carr., 1831, 1, 8 ; 1832, 1, 139; 1833, 1, 144 e 840 ; 1, 537 ; 1835, 1, 420, e 2, 263 ; 1836, 5 ; 839; 1838, 2, 129; 1839, 1, 626 e 813).

(2) 20 apr. 1844 (Dev. e Car. 1844, 1, 848).

ostensibile. La Corte di Riom è dunque caduta in errore, allorchè à dichiarato permessa la pruova per testimoni in simile caso, ed a ragione, la sua decisione, che presentava una falsa applicazione del nostro articolo ed una violazione dell'art. 1341, fu cassata (1).

Ma così essendo, la pruova per testimoni della simulazione allegata è forse egualmente ... alla parte, allorchè tale simulazione quando maschera un atto ... legge, vale a dire ... proibito perchè contrario all'ordine pubblico.

La quistione è delicata ed à dato luogo in una sola e medesima causa (*Boulet* c. *Lapeyre*) a soluzioni contrarie. Giudicata negativamente dalla corte di Riom, lo fu in senso contrario dalla Corte Suprema, la quale cassò il 27 maggio 1827 e rinviò innanzi la Corte di Lione. Là fu eziandio risoluta negativamente, e sul secondo ricorso la corte di cassazione a camere riunite, in conformità delle conclusioni del Dupin, si uniformò allo avviso delle due corti di appello, decidendo che la frode alla legge può provarsi oralmente da qualunque interessato, anche da colui ch'è stato parte nell' atto simulato. Questa dottrina, dottamente criticata nel rendiconto dell'arresto dal Devillenceve, sembraci non pertanto esatta, ed a ragione, secondo noi, fu adottata da una giurisprudenza presso a poco costante (2).

Da una banda in fatti l'art. 1353 ammette la pruova per semplice presunzione per tutt'i casi di frode, ed in conseguenza eziandio per quella fatta alla legge, del pari che per quella che pregiudica soltanto agl'individui; ed a ragione, poichè la prima è evidentemente più grave della seconda. Or noi vedremo alla spiega dell' art. 1353, che, non ostante la viziosa redazione, mercè la quale sembra dire il contrario, la pruova testimoniale è certamente ammessibile in tutti casi in cui lo è la pruova per semplice presunzione. Da altra banda è ben vero, che qui la persona cui pregiudica la simulazione, che fa frode alla legge, à partecipato e consentito a tale simulazione; ma oltre che nel più dei casi il consenso da lei dato non risulterà che da un costringimento morale e dal manco di piena libertà, si comprende per altro che non le sarà stato mica impossibile di farsi dare una pruova scritta della simulazione. Così, quando io vi sottoscrivo un biglietto col quale mi dichiaro vostro debitore di una somma di... per oggetti da voi vendutimi, mentre che il mio preteso debito non à per causa che interessi usurarii, o la disdetta di una promessa di matrimonio (come nella causa *Boulet*), o tutt' altra causa vietata dalla legge, è chiaro che non posso richiedervi di firmarmi una controscrittura che stabilisca la falsità della causa indicata: dacchè moralmente stretto dalla falsa posizione in cui mi trovo, io ho consentito a sottoscrivere una menzogniera obbligazione, non poteva domandarv iuno scritto destinato a farli annullare. Vi la stata dunque impossibilità morale di avere una pruova scritta, e questo caso ... quindi nella regola generale dell'articolo in ...

V. — Dopo aver ...tato del caso in cui è stato impossibile alla perso... di far fare uno scritto, il nostro articolo passa al caso in cui le è stato impossibile di conservare lo scritto da lei procuratosi; ed à il torto di presentare questa ipotesi come un quarto caso di applicazione della prima regola, mentre ch'essa forma evidentemente una regola distinta, poichè non si può perdere uno scritto che non si possiede. È questo per altro un vizio di redazione di niuna importanza.

Il reclamante dovrà qui provare ad un tempo, sia che tale avvenimento di forza maggiore abbia esistito, sia che tale avvenimento abbia fatto sparire tal atto, sia infine che tal atto era ben relativo al dritto ch'ei pretende di stabilire. Quindi dovrà stabilire con testimoni: 1° che possedeva un titolo giustificante il dritto che pretende appartenergli: 2° ch'è stato vittima del tale avvenimento di forza maggiore (un incendio, un'inondazione, un saccheggio, un furto ec.): 3° che per tale avvenimento gli è stato involato il titolo.

Poche parole di osservazione sono necessarie su questi tre oggetti di pruova.

Per la natura stessa delle cose, non si potrà mai essere rigorosissimi sul terzo punto. È evidentemente impossibile, almeno in generale, di provare in modo ben preciso, che il tale atto, cui i testimoni dichiarano essere stato in mio potere prima dell' incendio o altro avvenimento, sia daddovero perito in detto avvenimento, con altri miei titoli e carte; io non ò potuto, al punto stesso del sinistro, far redigere l' inventario delle diverse carte divorate dal fuoco, io non posso provare che qualche giorno, o qualche ora prima dell' incendio, io non ho, in uno

(1) Cass. 6 agosto 1828, 30 aprile 1838. (Dev. 1833, 1, 437).

(2) Rig. cam. riun. 7 maggio 1836 ed osserv. del Raccog.; Dev., 36, 1, 674, Bordeaux 7 apr. 1827; Caen 25 luglio 1827; Rig. 18 febbraio 1829, Angers 27 marzo 1829; Bourges, 2 giugno 1831; Lione 21 marzo 1832, cass. (di una sentenza di Poitiers e di altra di Mompellieri) 11 giugno 1838; Nimes 25 gennaio 1839; Limoges, 16 aprile 1815, Lione 17 novembre 1848; cass. 9 gennaio 1850 (Dev. 31, 2, 148: 32, 2, 391; 38, , 192, 39, 1, 177, 49, 331; 50, 1, 132).

scopo quel che sia, separato questo titolo dalle altre mie carte; e bisognerà benissimo qui contentarsi, il più delle volte, di probabilità, di verosimiglianze.

Non è lo stesso del secondo punto: lo stesso avvenimento di cui io dico esser la vittima, debbe provarsi nel modo più positivo: chè esso dà origine all'eccezione ai principii dell'art. 1341. Se bastasse di far udire dei testimoni, i quali dicessero che io aveva il tale titolo, e soggiungessero vagamente che si è trovato disperso, la regola del nostro 4° inngi dall'essere una semplice eccezione all'art. 1341 sarebbe davvero la totale distruzione di questo articolo. Se la legge crede agevole il procurarsi falsi testimoni per deporre di un preteso dritto, sarebbe parimenti facilissimo il far dire a questi testimoni ch'io aveva di tal dritto un titolo che ho perduto. È chiaro esser qui d'uopo di una pruova molto precisa e rigorosa, da non lasciare il menomo dubbio, di un avvenimento più forte della mia volontà e che mi è stato impossibile di allontanare.

In quanto al primo punto, *l'esistenza del titolo* che si allega essere stato involato dallo avvenimento, richiede maggiore sviluppo... Farà d'uopo certamente provare in modo positivo, che il reclamante possedeva un titolo avente per oggetto di stabilire il suo dritto, chè il testo della legge non gli permette di ricorrere ad una pruova testimoniale, se non quando à perduto un titolo formante pruova letterale, ed appunto perchè si stabilisce che egli ben aveva questa pruova letterale, ei trovasi allogato nella eccezione. Farà mestieri inoltre, se trattasi di un atto, il quale non à valore se non impiegando talune formalità, chè risulti dalle deposizioni dei testimoni, che l'atto riuniva le diverse condizioni di validità richieste dalla legge. Ma fa mestieri dire che sempre, e fuori quest'ultimo caso, i testimoni dovran aver letto il titolo e rapportarne il contenuto? Toullier (IX-206) Duranton (XIII, 368) Zachariae (V, p. 753) e Bonnier (n. 114) sembrano esigerlo. Ma noi non possiamo adottar eqnesto sentimento, poichè, così compresa, la regola ci sembra contraria alla legge e alla ragione.

La legge, prima di tutto, non dice che la perdita di un titolo, succeduta per forza maggiore, autorizzerà il reclamante a provare con testimoni, *qual'era il contenuto di questo titolo*. Essa dice che la perdita, una volta giustificata, recherà eccezione alle regole qni sopra dette, alla regole dell'art. 1341: ciò che vuol dire che io potrò allora provare con testimoni *il mio reclamo*. Il nostro comma mercè la sua relazione col principio dell'articolo, coll'articolo precedente, e con l'art. 1341, significa, che, quando io avrò provato in primo luogo, l'esistenza anteriore di un titolo che stabilisce la mia pretensione, e la distruzione di questo titolo per una forza maggiore, lo potrò, in secondo luogo provare, per via di testimonii, la pretensione cui senza di ciò non avrei potuto provare che col titolo stesso: or se la prima pruova a farsi, quella necessaria per collocarsi nella eccezione, abbracciasse la giustificazione del contenuto stesso del titolo perduto, nulla più vi sarebbe a provare in seguito, non sarebbe più una seconda ginstificazione da fare: ricostruendo con la pruova testimoniale tutto il contenuto del mio atto, avrei completamente ginstificato la mia pretensione e tutto sarebbe finito; or la legge non intende che sia così, poichè, nel suo sistema, la prima pruova fatta non sarà che un mezzo di giungere a provare in seguito le mie pretensioni con la pruova testimoniale.

Ed in fatti il sistema che noi qui combattiamo sarebbe stato troppo rigoroso; e se colui al quale una forza maggiore à strappato il suo titolo non potesse riuscire, che ristabilendo il tenore di questo titolo mercè testimoni che l'avessero letto e ritenuto, si giungerebbe a respingere domande che la ragione comanda di ammettere. Ecco un esempio... Io reclamo da voi 2,000 fr. che pretendo avervi improntato, voi sostenete non aver mai nulla tolto a prestito, e richiedete il mio titolo. Io rispondo che il titolo è distrutto, ma che son non pertanto in grado di dare la legale giustificazione del mio credito... sono stato vittima di un incendio che è un fatto costante, gli è parimenti un notorio che tale incendio à cominciato dal mio studio, nel mezzo della notte, mentre io dormiva, e che sebben presto smorzato, à consumato tutto il suo contenuto, la mobiglia, in cni trenta persone dichiarano esser sempre state le mie carte: poi molti testimoni, e degni di fede deporranno, taluni avervi veduto venir da me, nel mio studio, poco tempo pria dell'incendio, forsanco il giorno precedente, pregarmi di rammentarvi l'epoca della scadenza del vostro biglietto di 2,00 fr., ed avermi veduto cercarlo nel suddetto mobile per indicarvi tale scadenza: taluni altri avervi inteso dire in varie riprese dovermi voi pagare 2000 fr. a tal'epoca; altri in fine, se si vuole, avervi veduto in un'epoca anteriore nella mia camera prendere a prestito i 2000 fr., metterli in tasca, poi passar con me nel mio studio, (ove eglino non ci ànno seguito) per scrivervi il biglietto... Non è egli dunque probabile che in simile caso la mia domanda debba trionfare?... E pertanto nessun testimonio riferisce il contenuto del biglietto, nessuno l'ha letto, e neppur veduto...

È dunque errore il dire, come il Toullier

e lo Zachariae, che i testimoni debbono riferire *il contenuto dell'atto*, come il Bonnier che il nostro comma viene a permettere di constatare con testimoni il contenuto dell'atto *perduto* o *distrutto*, come il Durantnn ch'io dovrôfar sentire « dei testimoni che depongono aver veduto il biglietto nelle mie mani prima dell'incendio, *averne letto il contenuto*, *e rammentarsene il tenore* ». Egli è vero che il Duranton à copiato questo passaggio dal Pothier; ma egli dà come assoluta una idea che nel Pothier non è se non il primo membro di una alternativa, e si ferma precisamente a quest' ultima proposizione: o che deporranno *aver conoscenza del debito*. Ed il Pothier soggiunge: « bisogna che venga confessato che la mia casa è stata incendiata, o che io sia in istato di provarlo perch'io possa essere ammesso *alla pruova testimoniale* (di che? del contenuto dei biglietti? mainò) *dei prestiti di danaro* di cui io pretendo aver perduto i biglietti» (*Oblig.* n. 781).

Sicchè de'testimoni che ànno personalmente veduto, letto e ritenuto l'atto, non saranno necessarii che quando si tratterà di un atto, soggetto a formalità, l'adempimento delle quali non à potuto e non può constatarsi se non mercè l'esame di questo atto, e la relazione del suo tenore.

VI. — La suprema Corte in un suo arresto di cassazione del 5 aprile 1817 à emesso, in occasione del nostro § 4, una dottrina che, sebbene approvata da qualche giureconsulto, è non pertanto un grosso errore, un madornale circolo vizioso, ed una violazione flagrante della legge... L'arresto decide, che colui il quale pretendesi vittima della sottrazione d'una controscrittura, e che domanda provare con testimoni il fatto di tale sottrazione, e le convenzioni che la controscrittura enunciava non è ricevibile, e che non può essere ammesso a provare oralmente la sottrazione della controscrittura, se non abbia previamente provato in iscritto (o col mezzo di un principio di prova scritta) l'esistenza di essa controscrittura.

Ecco il singolar motivo di questo strano arresto: « Atteso che la sottrazione della controscrittura...è un fatto di frode eccettuato in virtù dell'art.1348 dalla regola prescritta (dall' art. 1341), ma che non può esservi stata sottrazione di controscrittura se non vi è stata controscrittura; che prima che si possa far una istruzione mercè testimoni su di un fatto di sottrazione di controscrittura, bisogna dunque che l'esistenza anteriore della controscrittura sia stabilita (*in iscritto*); che ammettere, senza questa pruova preliminare, la pruova testimoniale del fatto della sottrazione, sarebbe... stabilire l'esistenza di convenzioni civili con un genere di pruova espressamente proibito (dall' art. 1341) attesochè, nella specie, Bouilloux... non rapportava alcuna pruova scritta... della preesistenza della contro-scrittura... Cassa ».

Non si sa veramente da qual parte metter mano a questo guazzabuglio d'idee, ma in qualsiasi modo, e da qualunque lato si attacchi, si giungerà sempre a dimostrarne l'assurdità, e a fare toccare col dito la violazione della legge ch' esso contiene.

L'arresto, come si vede, riducesi a questo; egli è vero che il caso di sottrazione di una contro-scrittura fa eccezione all' art. 1341; ma, siccome non si può provare la sottrazione d'una contro-scrittura, e l'art. 1341 proibisce di fare una tal pruova con testimoni, ne segue che la pruova testimoniale della sottrazione della contro-scrittura non è possibile. In altri termini; il caso di cui si tratta *non è sottoposto al principio dell'art. 1341*, rientra nella eccezione dell'art. 1348, in modo che la pruova testimoniale vi sembrerebbe permessa: ma come il principio dell' art. 1341 (*che non è applicabile*) si oppone alla pruova testimoniale, questa pruova resta proibita! Val quanto dire che il caso presenta *una eccezione*, ma resta *sottoposto al principio*; che l'art. 1341 è *inapplicabile, ma che debbesi applicare !!*

Quante false idee, quante sottigliezze ridicole, inesatte, ammassate nelle poche linee di questo arresto! Voi dite che non ha potuto esistere una sottrazione di controscrittura, se questa non ha mai esistita (ciò che è di tutta evidenza) e aggiungete che prima di provare con testimoni il fatto della sottrazione, bisogna antecedentemente provare *per iscritto* quest' altro fatto, che una contro-scrittura abbia esistito!... Vi si può concedere l'ordine delle pruove a fare, che il reclamente debba provare separatamente, e successivamente 1° ch' egli aveva una controscrittura, 2° che gli si sia tolta e distrutta questa contro-scrittura, ovvero ch'egli possa provare i due fatti simultaneamente, la è proprio cosa insignificante; ma ciò che non vi si può mica accordare è che il primo fatto all'opposto del secondo debba provarsi in iscritto. Come! Quando un avvenimento di forza maggiore mi ha tolto il mio titolo; mi bisognerebbe provare *in iscritto* che questo titolo ha esistito! Val quanto dire, che quando io formo una convenzione il cui oggetto ecceda 150 fr. o modifichi una convenzione anteriore e constatata da un atto, io dovrei, non solamente procurarmi uno scritto *per provare occorrendo la convenzione*, ma pure procurarmi un secondo scritto *per provare il primo!* Simile modo d'intendere lo art. 1341

è certamente contraria al buon senso, tanto da non esservi luogo ad insistere su questo primo argomento. Sicchè così di volo l'arresto ci sembra aver detto e senza pensarvi, più che non voleva dire: e questo primo argomento si confonde senza dubbio nel pensiero del redattore con quello che segue... Ci si dice: che provare con pruova semplicemente orale il fatto complesso della sottrazione d' una contro-scrittura enunciante le tali convenzioni, sarebbe in definitiva far pruova delle convenzioni con testimoni (il che è verissimo); ma che una tal pruova è proibita dall'art. 1341 (il che pure è verissimo) e che per conseguenza questa pruova è impossibile nel nostro caso come in ogni altro. Ora ciò è completamente falso: essa sarà impossibile, finchè si resterà sotto il principio di questo art. 1341, ma sarà certamente possibile, quando si sarà in una delle eccezioni che autorizzano la pruova testimoniale. Siamo noi o pur no in una di queste eccezioni? Sì evidentemente, in quella dell' art. 1348-4°; poichè appunto per un avvenimento di forza maggiore il reclamante è stato spogliato dello scritto che si aveva procurato per provare le convenzioni. In qual modo si è potuto sì mal comprendere il nostro 4°?... Si ammette che il reclamante abbia a provare con testimoni la sottrazione della contro-scrittura e non si vuol ch'egli arrivi a provare con testimoni la convenzione che questa contro-scrittura constatava! Ma il 4° del nostro articolo non ha per oggetto di ammettere *la pruova testimoniale dell' avvenimento di forza maggiore* (questa pruova procede da sè, e risulta d' altronde dalla prima regola di questo stesso articolo); ha precisamente per oggetto di ammettere sotto la condizione di questo avvenimento di forza maggiore, *la pruova testimoniale della convenzione*, di cui questo avvenimento ha fatto sparire la pruova scritta.

Si vorrebbe forse assimilare il caso di questo arresto, al caso da noi spiegato al n.° II-1° d' un delitto che presuppone un contratto o altro atto lecito, il quale sfugga alla pruova testimoniale? Ma gli è evidente non esservi alcuna parità. Quando io allego contro di voi la violazione di un deposito che pretendo avervi fatto, la pruova testimoniale, se mi è permessa, come lo è evidentemente, per una parte dell' oggetto complesso della mia allegazione, non lo è per l'altra, poichè io ho potuto e dovuto ritirare una pruova scritta del deposito che pretendo violato; ma qui la pruova testimoniale è ammessibile per ciascuno degli oggetti della mia allegazione; essa lo è per il fatto della sottrazione, secondo il 1° del nostro articolo, poichè è un delitto di cui non ho potuto trarre una pruova in iscritto; e lo è per le convenzioni stesse, secondo il 4°, poichè l'avvenimento di forza maggiore è quello che mi mette nella impossibilità di produrre la pruova scritta che io aveva avuto pensiero di procurarmi.

Il Mangin, e dopo lui le raccolte di arresti (1), mentre non osano approvare i motivi della decisione che noi qui critichiamo, la trovano esatta nel merito, e credono giustificarla, dicendo che essa non si applica se non ad un caso di contro-scrittura, di prova da fare oltre o contro le enunciazioni di un altro atto, ma che non si applicherebbe al caso di titoli ordinarii. Questa distinzione immaginata dal Mangin e riprodotta da' raccoglitori, è evidentemente insignificante: la disposizione del 4° del nostro articolo, del par; che quella dei paragrafi precedenti, e quella dell' art. 1347 non fanno soltanto eccezione alla prima delle due regole dell' art. 1341, ma a tutte e due: *le regole anzidette ricevono eccezione*, dice l' art. 1347, ed il nostro ripete, *ricevono ancora eccezione*. Allorchè 1° vi è principio di pruova in iscritto, o 2° quando il reclamante non ha potuto procurarsi una pruova scritta, o 3° quando una forza maggiore gli à tolto questa pruova scritta, la pruova testimoniale è ammessibile, sia per provare al di là di 150 fr., sia per provare oltre o contro gli atti prodotti.

L' erroneo arresto del 1817 à dunque avuto ragione di non appoggiarsi su di una distinzione che sarebbe un errore di più. Ma ha avuto grave torto di sconoscere così profondamente il senso della disposizione finale del nostro articolo; e avrebbe dovuto vedere che la sua dottrina sarebbe niente meno che la soppressione di questa disposizione, la quale, con un sistema siffatto, non potrebbe applicarsi *in verun caso*... Supponete in fatti un avvenimento di forza maggiore qual voi vorrete; supponete pure la pruova testimoniale la più convincente, la più completa che possa immaginarsi, della perdita pel tale avvenimento, dell' atto che stabiliva la pretensione del reclamante, supponete infine e d'altronde una prova (testimoniale già s'intende) la più perfetta che sia possibile, del fondamento di questa pretensione: *in tutt' i casi* il reclamante sarà respinto dall' arresto. Basterà di mettere *incendio*, *inondazione* ecc. ecc. invece di *sottrazione*, e di scrivere, *atto di vendita*, *quietanza* ecc. invece di *contro-scrit-*

(1) Vedi Trattato dell' atto pubblico (n. 173) Devil 1. V, 1, p. 301 note (I. du Pal. t XIV p. 271 note).

tura . . . In tutti i casi possibili, l' eccezione del nostro 4, *sarà cancellata*; poichè se voi non avete nè prova completa in iscritto, nè principio di prova scritta, sarete respinto; se avete una prova in iscritto, non vi è più eccezione all' art. 1341, sibbene applicazione di questo articolo; se infine voi avete un principio di prova in iscritto, l' ammissione della vostra prova testimoniale non è più il risultato dell' art. 1348-4, ma il risultato dell' art. 1347 . . . La strana dottrina dell'arresto sarà dunque, lo ripetiamo, la *soppressione dell'ultimo comma del nostro articolo*; e più vi si riflette, meno si comprende una tale abberrazione, specialmente in un arresto *che cassa* una decisione perfettamente esatta.

VII.—Non abbiamo fin qui studiato che tre casi generali di eccezione alla doppia proibizione dell'art. 1341: 1. l' esistenza di un principio di prova in iscritto (art. 1347); 2. l'impossibilità in cui si sia trovato il reclamante di procurarsi una pruova scritta (art. 1348, 1, 2, 3.); 3. impossibilità in cui sia stato di conservare lo scritto che si aveva procurato, e che una forza maggiore gli ha tolto (art.1348-4) Dobbiamo occuparci adesso della quarta cagione di eccezione che il testo medesimo di questo art. 1341 ci ha indicata, con questa restrizione finale, *il tutto senza pregiudizio di ciò che è prescritto nelle leggi relative al commercio.*

I due principî dell' art. 1341 ricevono eccezione l'uno e altro, a parer nostro almeno, in materia commerciale. Così, si può allora con testimonî; 1. provare un interesse eccedente 150 franchi; poi 2. provare al di sopra o al di sotto di questa cifra, oltre o contro le enunciazioni di un atto scritto. Gli autori e gli arresti sono tutti di accordo sul primo punto. Ed in effetti, l' art. 109 del Codice di commercio basta esso solo per giustificarlo. Esso dichiara che le compre e le vendite possono constatarsi mercè la pruova testimoniale, or le compre e le vendite sono il tipo di tutti gli affari commerciali; sono gli atti commerciali più frequenti e più importanti. Il mezzo di pruova formalmente ammesso per essi, lo è dunque implicitamente per tutte le altre operazioni, e tal era l' antico uso del commercio, al quale nulla indica che il nostro legislatore abbia voluto arrecare alcun cangiamento (Merlin, quist., v. *ult. ist.*, § 18.).

Il secondo punto è controvertito. Il Bonnier (n. 93) e tre decisioni di corti di appello (l'ultima è di Angers, 4 giugno 1829) decidono che, anche in materia commerciale, non si può, tranne i casi di eccezione indicati dai nostri art. 1347-1348, provar con testimoni contro nè oltre il contenuto negli atti. Ma questa dottrina è respinta dalla gran maggioranza degli autori e degli arresti (1) e secondo noi con molta ragione.

In fatti, 1. l' antico uso del commercio era ugualmente costante su questo secondo punto (Merlin, *loc.cit.*), ed il parlamento di Parigi così giudicava sin dal principio del XVII secolo; or nulla nella legge indica una regola diversa, 2. al contrario l' art. 109 essendo stato redatto sin dal principio col senso che la pruova testimoniale sarebbe ammessa, *se vi fosse principio di pruova per iscritto*; il che assimilava le materie commerciali alle civili, vivi reclami sorsero da ogni parte contro siffatta innovazione; si domandò il mantenimento dell' antica regola, e si fece dritto a simili reclami con l' attuale redazione, la quale permette la pruova testimoniale *in tutti i casi in cui il tribunale giudicherà di doverla ammettere*; 3.° l' art. 41 Cod. Comm., è tato espressamente per respingere la pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti *nel caso particolare di società*, indica pur troppo che per regola generale, essa è ammessibile: non si sarebbe espressa specialmente per le società la proibizione; di cui non si fa motto nelle altre materie, se tale proibizione avesse avuto un principio comune a tutte; 4. il testo medesimo dell'articolo 1341 manifesta la stessa idea poichè, dopo avere statuito i due divieti, annunzia che l' eccezione delle leggi commerciali colpisce *il tutto.*

Il Bonnier cade inoltre in gravi errori di fatto in quanto alle due decisioni che cita in appoggio della sua opinione. « Un arresto di cassazione del 16 maggio 1829, « ci dice, fu pronunziato in questo senso; e se « sembra che un arresto di rigetto del dì « 11 giugno 1835 decida il contrario gli è « perchè, nella specie, cravi un principio di « pruova per iscritto. » Queste poche linee danno luogo a varie osservazioni. Ed in prima il preteso arresto di cassazione del 16 maggio (che è al contrario un arresto di rigetto del 15 giugno) non giudica in modo alcuno, che la pruova testimoniale è inammessibile oltre o contro l' atto, dice soltanto che il giudice à un potere discrezionale a tal riguardo, il che è ben evidente a fronte dei termini dell' art. 109: *nei casi in cui il tribunale giudicherà doverla ammettere.*—In secondo luogo

(1) Toullier (IX-233), Pardessus (n. 262 a 479), Dalloz (*oblig.*, art. III, n. 1), Zachariae (V, p. 734, nota 3), Nougnier (III-65) (Devill. e Massè. n. 10); Tolosa, 11 magg. 1833; Parigi, 3 maggio 1831, Rig. 10 giug. 1835; 11 giug. 1835; Agen, 1. febb. 1838; Rig. 6 apr. 1841 (Dev. e Carr., 1836, 1, 625 e 689; 1841, 1, 709).

l' arresto del dì 11 giugno 1835 che il Bonnier dice non aver riconosciuto l' ammessibilità della pruova testimoniale, se non perchè eravi principio di pruova per iscritto, la proclama al contrario espressamente, oltre e indipendentemente da siffatta circostanza. La corte di appello avea detto: « Atteso che in materia commerciale la pruova testimoniale è ammessibile *in ogni specie di contestazione*, e che quindi sarebbe *doppiamente* ammessibile nella presente, in cui evvi principio di pruova per iscritto; » la Corte Suprema à riprodotto la stessa dottrina dicendo: « Attesochè la pruova testimoniale è ammessibile in materia commerciale, *anche quando la domanda* (contro di cui è diretta) sia istituita in virtù *di un titolo scritto*, conformemente *alla disposizione finale dell' art.* 1341 combinato con *l' art.* 109, *C. comm.*: atteso che, *d' altronde*, l' arresto impugnato constata esservi nella causa un principio di pruova per iscritto. » — Finalmente, noi abbiam veduto che la Corte Suprema, dal Bonnier presentataci come opposta alla nostra dottrina, l' à al contrario consacrata tre volte (10 giugno 1835, 11 giugno 1835, 6 aprile 1841) e non ha mai giudicato altrimenti.

Questa regola dell' inapplicabilità de' principii dell' art. 1341 alle materie commerciali sembraci troncare una quistione, non pertanto controvertita, quella di sapere se si può provare con testimoni la consegna, fatta ad un appaltatore di trasporti, degli oggetti destinati ad essere trasportati. Il Bonnier (n. 111) si decide per la negativa; ma noi pensiamo col Maleville (sull' art. 1786) e con lo Zachariae (t. II) che debba risolversi affermativamente, non già per una pretesa analogia col 2° del nostro articolo e con l' art. 1952, ma perchè si è questa una operazione commerciale. Invano il Bonnier fa notare, che l' art. 1785 ordina agli appaltatori di notare su registri tutto che lor si dà a trasportare, e vorrebbe da ciò conchiudere l' impossibilità della pruova testimoniale, chè gli altri commercianti pure debbono inscrivere sui registri tutte le loro operazioni (art. 8 Cod. Comm) il che non impedisce affatto l'ammissione della pruova testimoniale, come lo riconosce lo stesso Bonnier.

VIII. — È una quistione molto controvertita sotto il Codice civile, come lo era per lo innanzi, quella di sapere se debbasi ammettere come ultima eccezione ai principii dell' art. 1341 il caso in cui quegli contro del quale trattasi di far pruova consente all'udizione dei testimoni (1).

Tutto che l' affermativa, oltre di molti autori che la professano, conti per sè tre decisioni di corti di appello, il nostro intimo convincimento si rifiuta ad ammetterla. In fatti si è veduto, che il divieto della pruova testimoniale non tende soltanto a proteggere il litigante contro il pericolo della corruzione dei testimoni, ma eziandio a prevenire la moltiplicità delle liti. Or, se il divieto, sotto il primo punto di vista, si rapporta principalmente all'interesse privato della parte, egli è chiaro, che sotto il secondo, il suo scopo è tutto d'interesse generale: non già segnatamente per coloro che voi citate innanzi al tale tribunale, importa restringere per quanto è possibile il numero delle liti, si è per tutti, per la società intera. Ma poichè il trattasi di un obbietto di pubblico interesse, è dunque impossibile ai termini dell' art. 6 di derogarvi con particolare convenzione, ed il consenso dato a tal riguardo dai due avversarii trovasi inefficace.

Quindi notiamo bene che il Codice, il quale à cura di formolare le diverse eccezioni che intende apportare al suo principio, in niun luogo à mai detto cosa che faccia allusione a quelle che qui vorrebbesi introdurre, e questo silenzio è tanto più significativo, che la legge si spiega anche sui casi di eccezione che andavano da sè, quelli nei quali vi è stata impossibilità fisica, materiale, assoluta di procurarsi una pruova scritta. E non solamente la legge nulla dice che possa far credere alla nuova eccezione di cui trattasi, ma i suoi termini indicano abbastanza chiara l' intenzione contraria: chè l' art. 1341 non dice, che *si potrà opporsi alla pruova per testimoni*, ma sibbene che *non sarà ammessa alcuna pruova per testimoni*, fermando così, non già *un dritto conferito al litigante*, che sarebbe libero di respingere la pruova testimoniale, quando gli piacesse, ma un divieto *diretto al giudice*, che non deve ammetterla.

Le sole eccezioni che ne sembrano ammessibili sono adunque le quattro da noi indicate, e che ripetiamo nel terminare questa importante e difficile materia.

1° Esistenza di un principio di pruova per iscritto — 2° impossibilità in cui si è trovata la persona di procurarsi una pruova scritta; — 3° impossibilità in cui è stata di conservar la pruova scritta da lei procuratasi; — 4° finalmente materie commerciali.

(1) *Negat.*, Toullier (IX-36 segg), Merlin (Rep. v.° *Pruova*, sez. 2 § 3, n. 28 e segg.) Roll. de Vill. (Rep. v.° *pruova*, 40 e segg.), Boncenne (IV, p. 223 e segg.), Zachariae (V, p. 695): — *Afferm.*, Duranton (XIII-308), Favard (v.° ricorso, sez. 1, § 1), Dalloz (v.° *oblig.* cap. 6, sez. 2, art. 2, n. 3), Curasson (Comp. dei giud. reg. I, 15), Bonnier, (n. 115), Bourges, 16 dic. 1831; Rennes 25 febb. 1841, Bordeaux 16 genn. 1846 (Dev. 1841, II, 427; 1846, II, 299)

Va senza dirsi, inoltre, che in tutti i casi in cui la pruova testimoniale fosse diretta contro le enunciazioni provate da un atto, facientc fede sino alla iscrizione in falso, essa non potrebbe impiegarsi che mercè questa iscrizione in falso.

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI.

1349 [1303]. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.

I. — In mancanza di pruove propriamente dette, vale a dire tali da dare, o a un dipresso, la certezza della verità dell' allegazione, la legge s' accontenta delle presunzioni che ne procurano la semplice verosimiglianza, la probabilità. Queste presunzioni, dice il nostro articolo, sono delle conseguenze tratte da un fatto noto a un fatto ignoto; ma tale definizione, se si prendesse alla lettera, applicherebbesi ad ogni qualsiasi pruova di un fatto, chè siffatta pruova non si fa che dall' induzione del noto all' ignoto. La legge non intende dunque qui parlare che delle conseguenze *congetturali* e desunte dal noto all' ignoto, per via di pura probabilità.

Del resto si vede che le presunzioni, che si possono opporre alle pruove, prendendo quest' ultima parola nel suo senso speciale, divengono esse stesse delle pruove, nel senso largo della parola; e sono ammesse come tali dal Codice, poichè costituiscono qui la terza classe di pruove che dobbiamo studiare, e ch' eraci indicata dall' art. 1316.

II. — Le presunzioni dividonsi in presunzioni *legali* o *di dritto*, ed in presunzioni *dell' uomo* o *del fatto*, secondo che l' induzione che le costituisce venga fatta dalla legge stessa o dal magistrato. Vedremo, che le presunzioni legali si suddividono in semplici, o *juris tantum*, ed in assolute o *juris et de jure*.

Un primo paragrafo è dal Codice consacrato alle presunzioni legali; il secondo si occupa di quelle dell' uomo.

§ 1.

Delle presunzioni stabilite dalla legge.

1350 (1304). La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti; tali sono,

1. Gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, come presuntivamente fatti in frode delle sue disposizioni;

2. I casi nei quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze;

3. L' autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata;

4. La forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte.

I. — La presunzione legale è, come già sappiamo, quella che la legge stessa ferma con qualche disposizione particolare. Il nostro articolo ce ne indica parecchi casi.

Così, in prima, evvi presunzione legale, tutte le volte che un atto è dichiarato nullo dal legislatore sulla semplice supposizione dedotta da tale o tal' altra circostanza, che quest' atto è fatto in frode delle disposizioni della legge. Allorquando l' art. 911, p. es. dopo avere stabilito la nullità di qualunque donazione fatta a persona incapace di riceverla, colloca di pieno dritto in tale categoria le donazioni fatte ai genitori, discendenti o conjuge dell' incapace, è una presunzione; poichè dal fatto noto, che la donazione fatta al congiunto o ad un prossimo parente dello incapace, si deduce, per pura congettura e per semplice probabilità, questo fatto ignoto che la donazione riflette realmente l' incapace stesso, ed è una presunzione legale, poichè la legge stessa trae siffatta conseguenza. Evvi parimenti presunzione legale e dello stesso genere, nell' art. 918, il quale dichiara, che qualunque atto il quale apparisca come una vendita fatta, a fondo perduto o con riserva di usufrutto, ad uno degli eredi presuntivi in linea diretta del venditore, non è che una donazione mascherata, e che quest'atto, nullo come vendita, non varrà che come liberalità riducibile alla quota disponibile.

Evvi presunzione legale di un altro genere in tutt' i casi in cui la legge, dice il nostro articolo, fa risultare da talune circostanze la proprietà o la liberazione. Così, quando la legge vi dichiara proprietario per prescrizione, gli è sulla supposizione desunta dal silenzio serbato durante il tempo voluto dal precedente proprietario, che vi è stato consenso di costui, e che voi siete oggi il vero padrone; quando essa dichiara esservi in tale circostanza e non esservi nella tale altra comunione di un muro, di un fossato o di una siepe, gli è perchè tali circostanze dànno luogo a supporre che l' oggetto appartiene per intero ad uno dei vicini, o sol per metà a ciascuno di essi; ed è altresì un caso di proprietà stabilito da presunzione legale. Quando

la legge, per effetto della prescrizione, vi dichiara liberato da un debito, gli è perchè il silenzio serbato dal vostro creditore le fa presumere che voi lo abbiate pagato: e parimenti perchè la restituzione, che il creditore vi à fatta del suo titolo fa supporre un pagamento, la legge vi dichiara eziandio liberato in questa circostanza (art. 1282-1283): queste sono altresì presunzioni legali.

II. — Una delle presunzioni legali più importanti, una di quelle che, al pari della prescrizione, debbonsi considerare come basi dell' ordine sociale, è quella che c' indica il il 3° del nostro articolo, l' autorità della cosa giudicata. — La studieremo nell' articolo seguente.

Avvi ben altre prescrizioni legali, oltre quelle di che fa cenno il nostro articolo, il quale non à inteso, come scorgesi dal testo stesso, che darci degli esempii. Si può vedere a tal riguardo l' art. 1. che fissa un termine, spirato il quale reputasi esser nota a tutti la legge; l'art. 312 che stabilisce la presunzione di paternità del marito della donna sgravata; gli art. 388 e 488 che fermano in massima, che l'individuo non à mai la piena intelligenza dei suoi atti pria di 21 anno, e l'à sempre dopo tale età, gli art. 720-722 che, in mancanza di pruova determinano presuntivamente dall'età e dal sesso delle persone perite in un avvenimento l' ordine di morte di esse; l' art. 847, l' art. 849, ec. ec.

In quanto al 4 del nostro articolo, a torto esso alloga tra le presunzioni la confessione ed il giuramento della parte; queste più non sono semplici presunzioni, ma pruove complete; e i redattori qui si pongono in contraddizione con sè stessi. In fatti il Codice trattando nell' art. 1316 il piano di questa materia della pruova, lungi dal far rientrare la confessione e il giuramento nella classe delle presunzioni, ha cura dopo aver indicato tali presunzioni come formanti la 3. categoria di pruove, *lato sensu*, di presentare la confessione come formante la quarta; poi il giuramento come costituente la 5. ed ultima. Così la nostra sezione delle presunzioni vien seguita da una sezione IV. consacrata alla confessione, e da una V. che tratta del giuramento. Questo 4. del nostro articolo è dunque da considerarsi come non avvenuto.

1351 [1305]. L' autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa addomandata sia la stessa; che la domanda si appoggi alla medesima causa; che l'azione sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nella medesima qualità.

SOMMARIO

I. *Osservazioni preliminari.* — Tre significati della parola *cosa giudicata*. La sentenza impugnabile per via ordinaria ma non ancora impugnata costituisce qui cosa giudicata: errore del Duranton e dello Zachariae; inesattezza del Bonnier.

II. La cosa giudicata non si trova che nel dispositivo della sentenza. Una domanda non può respingersi come già giudicata, se non quando v' à tra le due pretensioni: 1° identità di oggetto; 2° identità di causa, 3° identità di parti litiganti.

III. 1° *Identità di oggetto.* — Questa identità non potrebbe determinarsi con gli assiomi *Pars in toto* — *Non in parte; totum*: errore del Toullier, dello Zachariae, ec.

IV. Regola da sostituirsi qui al sistema degli autori.

V. Contraddizione di sistema, istintivamente respinta dalla giurisprudenza.

VI. 2° *Identità di causa.* — Che bisogna intendere per causa di una domanda. Non bisogna confondere la causa con i mezzi.

VII. Insufficienza della dottrina degli autori. Inesattezza profonda della dottrina del Bonnier.

VIII. Non bisogna neppur confondere la causa con l' oggetto. Inesattezza del Bonnier e del Poujol.

IX. L' impossibilità di metter da banda la seconda domanda, quando è diversa la causa, non comporta eccezione: errore del Toullier. Reciprocamente questa seconda domanda dev' esser sempre posta da banda, dacchè la causa è la medesima, malgrado il modo diverso d' agire.

X. 3° *Identità delle parti.* Non basta che le persone sieno le stesse, bisogna che agiscano sotto la medesima qualità. Soluzione di una quistione controvertita fra Toullier e Zachariae. Errori contrarii dell' uno e dell' altro.

XI. Reciprocamente può esservi identità giuridica delle parti, ad onta che più non sieno le stesse persone. Così l' erede è stato rappresentato dal defunto. l' acquirente dal suo autore, ma solo per le istanze anteriori all' acquisto. Bisogna considerare l' epoca dell' introduzione della istanza. Errore della giurisprudenza.

XII. I creditori ipotecari, a differenza dei chirografarii, non sono rappresentati dal loro debitori. Grosso errore del Merlin, del Proudhon e della giurisprudenza.

XIII. Taluna classi di persone sono ben rappresentate nei giudizii favorevoli, da una persona che non le rappresenta efficacemente in quelli sfavorevoli. Sviluppo e controversie.

XIV. Rinvio per l' erede apparente: per la disposizione dell' art. 800; osservazione sulla opposizione di terzo.

XV. 4° *Influenza del giudizio criminale sul civile.* — Confutazione di due sistemi contrarii egualmente falsi. Non si potrebber qui trovare le condizioni volute dal nostro articolo. Errore del Merlin, del Duranton, del Bonnier, ec. Ma l'autorità della cosa giudicata esiste non pertanto, perchè questo articolo è inapplicabile errore del Toullier e del Poujol.

XVI. La cosa giudicata non esiste che pel punto preciso, risoluto daddovero dal tribunale criminale il quale à d' altronde missione di farlo. Applicazioni della regola.

I. — La regola che presume sempre vera la cosa giudicata, *res judicata pro veritate habetur*, e che ordina di accettare come tale in tutti i casi, quale che abbia potuto essere l'er-

rore del giudice, è come abbiam già detto, una delle basi dell'ordine sociale. Che significherebbe in fatti l'autorità giudiziaria, se duo litiganti dopo aver fatto giudicare due volte, quattro volte la difficoltà che li tien divisi, potessero sempre ritornare a metterla in quistione? Egli è chiaro che bisognava fermarsi ad un punto, e che tutto ciò che la legge poteva fare per diminuire l'inconveniente dell'errore, di cui il giudice non va meno esente degli altri uomini, era di accordare, almeno in generale, varii gradi di giurisdizione. Dacchè il litigante à esaurito i gradi di giurisdizione a lui aperti, o se non ne à fatto uso, la cosa giudicata resta legalmente vera, quale che sia l'errore, anche evidente della decisione. Una sentenza non costituisce cosa giudicata che quando é in ultima istanza e in contraddizione: o che essendo in prima istanza e in contumacia, non è colpita da appello nel primo caso, o da opposizione nel secondo. In quanto all'esercizio di uno dei ricorsi straordinarii ammessi contro le sentenze, d'un ricorso in cassazione, p. es. non toglie alla sentenza di serbare per ora la sua autorità, salvo che, se la decisione é poscia annullata, essa sarà annullata del pari con quanto é seguito.

Abbiam detto che la sentenza di prima istanza, finchè non è colpita in appello, e la sentenza in contumacia, finchè non v'à opposizione, costituiscono fin da ora la cosa giudicata. Il Duranton (XIII-454 e 455) e lo Zachariae (V, p. 76 4) insegnano il contrario e spiegano che non v'à cosa giudicata nella sentenza *suscettibile* di appello o di opposizione, **anche quando questo** appello o questa opposizione non esistano. È un errore che confutano ad un tempo la ragione, i testi, e l'autorità del Pothier, ben a torto invocata a sostegno di tale dottrina. Dapprima dire che non v'à cosa giudicata su di un punto è dire che su questo punto non v'à sentenza: or, egli è chiaro che una sentenza solo *impugnabile* per via di appello o di opposizione, e non *impugnata*, è bene una sentenza. Senza dubbio, una volta interposto l'appello sarà vero il dire che non v'à più sentenza, poichè con l'appello, sarà rimesso in quistione; ma finchè questo appello, sebbene possibile, non esiste, egli è evidente, che il punto deciso dalla sentenza, non essendo rimesso in quistione, è bene una cosa giudicata in quanto al presente... Quindi l'ordinanza del 1667 (tit. 18, art. 5) poneva qui sulla stessa linea le sentenze « pronunziate in ultima istanza » e quelle « *di cui non v'è appello*, o di cui l'appello non è ricevibile: » Pothier spiegava benissimo che « finchè non vi è appello, queste sentenze ànno, del pari che quelle pronunziate in ultima istanza, una specie di autorità di cosa giudicata, che dà il dritto di continuarne l'esecuzione: e formano una specie di presunzione *juris et de jure* che esclude di nulla poter proporre contro, finchè non è interposto appello »; che solamente « quest' autorità e la presunzione che ne risulta non sono che momentanee, e son distrutte tosto che vi è appello ».

Questo errore del Duranton e dello Zachariae viene dalla confusione da essi fatta dei varii significati delle parole *autorità della cosa giudicata*....

Quando trattasi di sapere, se la persona è davvero legata in modo che debba, *buono o mal suo grado*, subir l'esecuzione della sentenza, egli è chiaro che non v'à autorità di cosa giudicata, finchè questa persona rimane libera di rimettere il tutto *in* quistione: ma trattasi di sapere, come nel nostro articolo, se debbasi sin da ora tenere la sentenza come non avvenuta, e considerare il punto litigioso come attualmente indeciso, più non basta la facoltà di rimettere questo punto in quistione; è uopo che già effettivamente rimesso in quistione; basta nel primo caso la possibilità dell'appello; ma richiedesi evidentemente nel secondo l'appello effettuato.

L'espressione *cosa giudicata* presenta dunque differenti significati (e vedremo che ne ha tre) che bisogna evitare di confondere, e il Bonnier l'ha capito, ma fa di questa idea un'applicazione totalmente falsa, e che s'allontana dalla verità ancor più della dottrina del Duranton e dello Zachariae. Egli insegna (n. 680) che questa espressione, invece di significar quì, come dicono questi due autori, l'impossibilità di impugnare la sentenza per le vie ordinarie del ricorso (che sono l'appello e l'opposizione) prende un senso anche più rigoroso, e significa l'impossibilità di quale che sia ricorso, vuoi ordinario, vuoi straordinario. In questo sistema, la cosa giudicata, siccome l'intendono i nostri articoli, non esisterebbe che nella decisione che fosse scevra di ogni specie di ricorso; mentre che è incontestabile ed incontestato, che non solo la possibilità di un ricorso straordinario (p. es. di un ricorso in cassazione), ma anche l'esecuzione effettiva di tale ricorso straordinario non modifica per nulla la forza giuridica della sentenza, che rimane con tutti i suoi effetti, sinchè non ne è pronunziato l'annullamento.

L'espressione *cosa giudicata* ha dunque tre eccezioni. Nel senso più frequente e che sta nel mezzo fra le due eccezioni estreme, essa significa la decisione che si trova al coverto dal ricorso ordinario, ma che può essere ed ora è forse colpita d'un ricorso straordinario,

il quale senza modificarne l'efficacia nel presente, può annientarla più tardi. In un senso più rigoroso essa indica la decisione che non teme alcuna specie di ricorso nè ordinario nè straordinario : poi in un senso meno rigoroso indica la decisione suscettibile d'esser colpita di un ricorso ordinario, ma che non lo è presentemente. Laonde tre gradi nella cosa giudicata: o la cosa è giudicata d'una maniera assolutamente irrevocabile, ovvero lo è d'un modo non revocabile per le vie ordinarie, ma revocabile per qualche via straordinaria; ovvero lo è d'un modo atto a poter essere revocata anche con un ricorso ordinario, e allora cesserà di essere giudicata, e ritornerà ad esser una quistione, sol perchè questo ricorso sarà diretto contro di essa, e senza aspettarne l'esito. Ora la ragione, d'accordo col Pothier, e coll'ordinanza del 1667, ci dice che dal momento che la cosa è giudicata è conserva attualmente il suo carattere di cosa giudicata ; è necessariamente una verità legale; non si possono distinguere i tre gradi di forza qui sopra indicati, che in avvenire, e per la facoltà più o meno grande con la quale si può fare cadere la presunzione; ma in quanto al presente questa presunzione è una necessariamente,e tosto che una proposizione è *res judicata*, deve, senza distinzione possibile, *pro veritate haberi*.

L'espressione *cosa giudicata* non ha dunque nel nostro articolo, nè il senso intermedio e già troppo rigoroso che le danno il Duranton e lo Zachariae, nè il senso più rigoroso ancora di cui parla il Bonnier: essa comprende qualunque cosa giudicata, del pari quella dell'ultima classe, che quella delle due prime. Quando io oppongo alla vostra pretensione una sentenza anche revocabile per via ordinaria che già l'ha respinta, questa sentenza per revocabile che sia, forma nondimeno contro di voi un fine di *non ricevere* insormontabile, finchè voi non lo colpite di opposizione (se è contumaciale) o di appello (se è in prima istanza): e questa opposizione o questo appello, soli mezzi per voi onde far cadere la cosa giudicata, sono quindi i vostri soli mezzi di evitare l'applicazione dei nostri art. 1351-1352.

II. — È ben inteso che sol nel dispositivo di una sentenza, e non già nei suoi motivi si rattrova la cosa giudicata. I motivi altro non sono che l'indicazione, data dal magistrato, delle ragioni per le quali va a pronunziare la sua sentenza nel tale senso piuttosto che nel tal altro, ed il dispositivo soltanto costituisce tale sentenza. Per formale che possa essere, nei motivi, l'enunciazione di una opinione, non v'à cosa *giudicata*, se il dispositivo non à pronunziato su tale punto ; e se i motivi possono talvolta consultarsi a tal riguardo, gli è unicamente per ispiegare il vero senso di un dispositivo che fosse redatto in un modo oscuro. Arrogi che il dispositivo stesso non presenta la cosa giudicata che sui punti che sono veramente decisi, e non già per quelli che non vi si trovano che come semplici enunciazioni; esaminando le quistioni sulle quali le parti erano in disaccordo, e che il loro dibattimento presentava alla decisione, il *quid judicandum*, si giungerà agevolmente a comprendere ciò che è stato giudicato, il *quid judicatum*.

Poichè per una necessità inerente alla natura stessa delle cose, qualunque punto giudicato tra due litiganti è per essi una verità legalmente incontestabile, ne segue che ogni domanda, vuoi dell'attore, vuoi del convenuto, ogni azione ed eccezione, che tendesse a rimettere in quistione il punto già deciso, sarebbe irrecusabilmente respinta dallo avversario, provando esservi cosa giudicata a tal riguardo. Ma il punto di sapere se la quistione ora suscitata da una delle parti, è ben precisamente quella, stata già tra loro decisa, e se perciò la domanda dev'esser respinta dal fine di non ricevere desunto dall'autorità della cosa giudicata, è sovente delicata, e può presentare gravi difficoltà. Il nostro articolo è consacrato all'indicazione delle condizioni necessarie per l'ammissione di questo fine di non ricevere.

Siffatto articolo passando bruscamente da un'idea all'altra (poichè dopo una prima proposizione concernente l'autorità della cosa giudicata, considerata *in generale ed assolutamente*, ne presenta, senza trascrizione, una seconda, la quale non può aver significato che per la stessa autorità della cosa giudicata, considerata *relativamente ad una nuova domanda*) ci dice che, perchè siavi luogo a respingere una domanda come contraria all'autorità della cosa giudicata, fa d'uopo : 1° che la cosa domandata sia la stessa che nel primo giudizio ; 2° che la domanda sia fondata sulla stessa causa ; 3° che si agiti tra le stesse parti, le quali agiscano nelle stesse qualità.

Così : 1° identità dell'oggetto ; 2° identità della causa ; 3° identità delle parti e delle loro qualità, tali sono le tre condizioni che dobbiamo studiare.

1° Dell'identità dell'oggetto.

III. — Ed in prima *identità dell'oggetto*. Fa d'uopo che la cosa alla quale tende la nuova pretensione sia ben la stessa di quella, sulla quale è ricaduta la sentenza.

Quando diciamo che la cosa debb'essere *la stessa*, ciò non vuol dire beninteso che questa cosa non deve aver subìto mutamento: qui non trattasi delle qualità e dei modi di essere della cosa, ma di essa la cosa; e quali

che sieno le modificazioni sopravvenute nell'intervallo, dacchè si tratterà dello stesso oggetto, la nuova dumanda dovrà essere respinta come tendente a fare discutere una quistione già giudicata. Così quando ho intentato contro di voi, qualche anno fa, una azione di revindica di una tal casa, di un tal pezzo di terra o del tal gregge, la circostanza che la casa ha ricevuto degli abbellimenti, una nuova distribuzione, e considerevoli cambiamenti, che il pezzo di terra che era selva, è oggi una terra coltivata, che il gregge composto prima di 60 teste si è elevato a 100 o si trova ridotto a 25, questa circostanza la quale non impedisce che sia tuttavia lo stesso gregge, la stessa terra, o la stessa casa, non impedirà che la nuova rivindica che voi volete esercitare oggi, sia dichiarata irricettibile perchè solleva una quistione giudicata. È ben chiaro in effetti, che l'attuale stato della casa; il modo di coltura della terra, e l'importanza del gregge sono indifferenti alla quistione da voi promossa tre anni fa e che oggi promovete nuovamente, di sapere se questa casa, questa terra, o questo gregge vi appartengano, e che per conseguenza le modificazioni subite da questi oggetti non tolgono che questa quistione è la stessa, ed è una quistione giudicata.

Questo punto è bene evidente, tanto evidente che sarebbe oscurarlo il volerlo spiegare; e tutto ciò che si rannoda a questa condizione della *identità dell'oggetto* sarebbe stato abbastanza evidente puranco, se la dottrina, come troppo spesso accade, non fosse venuta a falsare qui le idee, sotto pretesto di meglio stabilirle. I lumi del buon senso sarebbero bastati, io credo, per ricercare e determinare se il punto che un litigante vuol mettere in quistione innanzi il tribunale, è deciso o pur no, dalla prima sentenza. Ma disgraziatamente taluni giureconsulti romani avevano immaginato di fare alla nostra materia un'applicazione meccanica d'assiomi di geometria, il cui impiego, più ingegnoso che giusto, non poteva mancare di condurre all'errore (ved. precisamente Dig. lib. 44 t. 2, 7, pr.); ed i nostri commentatori moderni, adottando queste idee con più rispetto che discernimento, sono venuti a dare, fin sotto il Codice civile, delle decisioni alle quali si stenta veramente a credere.

La maggior parte de' nostri autori, ed in ispecie il Toul. (X, 147-149 e 150 155) e lo Zach. (V. p. 782 738) riproducendo servilmente il sistema romano stabiliscono questi due principii, incontestabili al certo, che la *parte è compresa nel tutto, e che il tutto non è compreso nella parte;* e conchiudono quindi che, quando si è stato soccombente sulla domanda del tutto, non si può più domandare una parte, ma che al contrario, si può benissimo domandare il tutto, quando si è stato soccombente sulla domanda di una parte. Ecco gli esempi dati dal Toullier.

Colui che è stato soccombente su di una domanda di rivendica del tale immobile, e che in seguito domanda una parte, sia divisa sia indivisa, della proprietà di questo stesso immobile, sarà respinto coll' eccezione della cosa giudicata; poichè ci si dice, l' oggetto della sua seconda domanda è una parte della cosa che egli aveva dapprima domandata, e siccome una parte è compresa nel suo tutto, è vero il dire che quest'oggetto della seconda domanda è stato pure l' oggetto della prima. Per la stessa ragione se Pietro mi ha domandati 20,000 fr. per la tale causa, e dopo essere stato soccumbente viene a domandarmene 10,000 per questa stessa causa, egli dovrà essere respinto per l'effetto della cosa giudicata. Egualmente pure, se il mio avversario dopo essere stato soccumbente nell'azione con la quale reclamava sul mio terreno un dritto di passaggio a piedi e con vettura, *viam*, si fa a domandarmi il semplice passaggio a piedi, *iter*, egli sarà non ricevibile, poichè *iter* è compreso in *via* e quindi l'oggetto della seconda domanda si trova essere stato pure quello della prima... Al contrario colui che ha soccombuto nella sua domanda di una parte soltanto della proprietà dell'immobile, sarà ricettibile a domandare l' immobile intero. coloi che soccumbette nel domandare 1,000 o 1,200 fr. potrà domandarne 20,000, e coloi che non è riuscito, domandando un semplice sentiero per passare a piedi, potrà domandare il completo passaggio a piedi ed in carrozza, perchè non avendo l' attore domandato da principio che una parte, e domandando il tutto la seconda volta, non si può più dire che l' oggetto della seconda domanda abbia formato anche l'oggetto della prima.

Il Duranton (XIII 462-463), il Bonnier (n. 684, e 685) ed il Ponjol (n. 23 2. com.) sembrano anche ammettere questa idea, in ciò che riguarda il primo principio.

Ora, che v'à mai di più sofistico e di più falso di una simile decisione, e di qual potere non fa d'uopo alla *rutina* perchè simili dottrine si professino ancora oggigiorno!... Eh che! perchè fu giudicato che io non ho la proprietà intera ed esclusiva di tale immobile, egli è perciò giudicato che non ne sono comproprietario di una frazione!...perchè si è giudicato che non sono vostro creditore per 20,000 fr., vien giudicato pure che non lo sono per 1,000 o 1,200!... perchè è stabilito che io non posso passare sul vostro ter-

reno, ora a piedi, ora in carrozza, ne viene che non posso passarvi neppure a piedi soltanto!... E come se già non vi fosse in ciò bastante assurdo, bisognerebbe ammettere pure la reciproca di ciascuna di queste proposizioni...

Quando è legalmente certo, che la tale causa non vi dà nemmeno una frazione della proprietà di tale immobile, *un quinto* per esempio, resterebbe possibile e discutibile, che questa stessa causa, ve ne desse la proprietà intera, cioè a dire *questo stesso quinto* con i quattro altri?..

Quando è stabilito che non vi debbo 1,200 fr. per la tal causa resterebbe possibile e discutibile che per la stessa causa io ve ne dovessi 20. 000!.. Quando è riconosciuto che voi non avete il dritto di passare *a piedi* sul mio terreno, resterebbe possibile che voi aveste il dritto di passarvi a *piedi* ed in carrozza!. In verità, non è da credersi!

Perchè il tutto non è compreso nella parte, voi ne conchiudete che, dopo essere stato soccombente sulla parte, io posso ancora domandare il tutto! è a torto certamente, perchè, se la parte è nel tutto, la sentenza che decide *che voi non avete neppur questa parte*, decide implicitamente, e forzosamente, che *voi non avete il tutto* ..... Con ragione dunque il Duranton respinge (n. 464) le singolari conseguenze, che si son volute qui trarre dal principio *Totum in parte non est*, e sulle quali il Poujol, e anche il trattato speciale del Bonnier, serbano il silenzio. Gli è vero che il Duranton, il cui torto si è che non osa romperla quì col dritto romano, dà materia alla critica invocando all' appoggio della sua idea la legge 3. D., 44 t. 2. Questa legge suppone semplicemente, come la legge 7 § 4, una persona la quale da principio, con una revindica particolare, ed in appresso con la petizione di eredità, viene a reclamare *gli stessi beni*, in modo che la quistione che solleva, è sempre la stessa, per differenti vie sollevata. Ma il Duranton non ha meno ragione in sostanza, ed è della più chiara evidenza, che l' assioma *Totum non est in parte*, non ha punto per conseguenza di permettere a colui che vien riconosciuto non esser proprietario di tal bene di farsi attribuire un insieme di cose comprendenti questo stesso bene... Ch' egli ottenga *tutte le altre parti* di questo insieme, sia pure; ma che si faccia dichiarar proprietario della parte che è diffinitivamente giudicata non appartenergli, e faccia così mentir la sentenza, ciò è impossibile, poichè *res judicata veritas est.*

Ma se fa d' uopo respingere queste conseguenze, ben si vede che è pur mestieri respingere quelle che pretendesi trarre dall' altro principio *in toto pars continetur*; tuttocchè sembrano ammesse dal Poujol, dal Bonnier e dal Duranton, del pari che dal Toullier, dallo Zachariae e da altri autori. Chè alla fin fine, per imponente che sia questo accordo degli interpreti, non potrebbe vincerla sulla ragione; e checchè se ne possa dire, non si potrà mai conchiudere logicamente che, dacchè io non ho dritto al tutto, non possa avere neppure dritto a qualcuna delle sue parti.

IV. — Non è dunque con l' applicazione di questi due assiomi *Pars in toto — Non in parte totum*, che bisogna cercar di risolvere le difficoltà che possonsi presentare in questa materia dell' identità dell' oggetto domandato; e il mezzo di risolverle sembraci presentarsi naturalmente. Trattasi di sapere se la quistione che agita un litigante, sia o pur no decisa dalla sentenza anteriore: se il punto che vuol dibattere e discutere è una cosa già giudicata, o se la prima sentenza lascia questo punto indeciso, e permette di risolverlo ancora nel tal senso che si vorrà. Per ciò che bisognerà fare?... Prendere la proposizione stabilita dalla precedente sentenza, e ravvicinare ad essa ciò che esprime la pretesa che il litigante vuol far giudicare. Se questa seconda proposizione, ravvicinata alla prima, non la contraddice, e può coesistere con essa, gli è dunque che il punto non era deciso: se al contrario le due proposizioni si contraddicono e trovansi incompatibili, la seconda pretensione era già cosa giudicata.

Così io sono stato soccumbente nella domanda di revindica del tal immobile, posso ora pretendermene proprietario per una frazione divisa o indivisa, un quinto per esempio ?...

Applichiamo la nostra regola. Si è giudicato che io *non sono proprietario esclusivo di tutto l' immobile*, e voglio far giudicare che *sono proprietario divisamente o indivisamente di questo immobile per un quinto.* Queste due proposizioni sono perfettamente d'accordo tra loro. Si può ammettere la seconda, quella alla quale voglio giungere, senza contraddir per nulla la prima: non v' à dunque cosa giudicata e la mia domanda è ammissibile. Sarà lo stesso, se la prima sentenza decide che *io non ho un dritto di comproprietà indiviso su tutta l' immobile*, e che voglio far decidere che *sono proprietario esclusivo della tale porzione divisa di esso immobile*; e reciprocamente, se negandomi la prima sentenza la proprietà esclusiva e divisa di una porzione, io reclami una comproprietà indivisa. Onde ha benissimo deciso la Corte Suprema (1) ... Se io non do-

(1) Cass. di una decisione di Poitiers del 14 feb 1821 (Dev. 31, 1, 415).

mandava nella prima sentenza che una porzione divisa o indivisa dello immobile, potrei, dopo essere stato soccombente, domandare l' immobile intero? certo che no; ch' egli è giudicato, *che io non ho neppure un quinto dell'immobile*, ed io vorrei far giudicare *che ho questo quinto e gli altri quattro ancora*, di talchè la seconda sentenza sarebbe la negazione della prima. Ma potrei benissimo, dopo aver lasciato giudicare, che *non ho il tale quinto determinato*, domandare invece dell'immobile intero *gli altri quattro quinti*, so i quali non si è pronunziato; egli è chiaro che in questo caso le due domande vertono su due oggetti distinti. È superfluo finalmente il dire che, se la prima sentenza avesse troncato la quistione di proprietà contro di me, sotto i suoi diversi aspetti, decidendo non aver io nè comproprietà indivisa per una porzione qualunque, nè proprietà divisa ed esclusiva, vuoi del tutto, vuoi di una parte, niuna quistione sarebbe ormai possibile, ed ogni pretesa relativa alla proprietà quale che fosse, sarebbe cosa già giudicata.

Parimenti, quando si è giudicato che per la tale causa *voi non mi dovete mille fr.* io non posso evidentemente far giudicare che per la stessa causa *voi me ne dobbiate dieci mila*. Al contrario, se si è soltanto giudicato che voi *non mi dovete dieci mila fr.* posso ben domandare di far giudicare *che me ne dobbiate mille*. Che se poi, sulla mia prima domanda di dieci mila fr. si fosse giudicato non solamente *che voi non mi dobbiate questi dieci mila fr.*, ma che nulla mi dobbiate, egli è chiaro che nulla più io potrei domandare.

Parimenti infine, quando si è giudicato *non aver io il dritto di passare a piedi ed in carrozza*, posso domandare il dritto di passare *a piedi soltanto*, ovvero *soltanto in carrozza*. Quando si è giudicato non aver io il dritto di passare *a piedi*, posso ben domandare il dritto di passare *in carrozza soltanto*, ma non posso domandare il dritto di passare a piedi ed in carrozza, chè v' ha contradizione tra queste due proposizioni. — Abbiam detto che, dopo essere stato io soccombente in quanto al passaggio a piedi, *iter*, posso domandare il passaggio in carrozza soltanto, *viam* SINE ITINERE. Si comprende infatto, che il dritto di passare in carrozza, (*via*), come pure quello di passare per condurre di bestiami (*actus*), tuttocchè ordinariamente contenga il dritto di passare a piedi (*iter*), può talvolta non contenerlo ed esistere solo: voi potete avere il dritto di attraversare in carrozza il mio fondo chiuso per ritirare i vostri raccolti, o di passarvi per condurre a pascolo i vostri bestiami, senza aver perciò il dritto di passarvi solo per passeggiare o andare oziando.

Tanto era pure a Roma, e se la *via* come pure l' *actus* d' ordinario comprendeva l' *iter*, non lo comprendeva necessariamente. Ciò posto, è ben evidente che, se la sentenza vi ricusa l'ITER, più non vi permette, checchè ne dicano il Toullier e lo Zachariae, di domandare *viam* CUM ITINERE, o l' *actum* CUM ITINERE, ma non v' impedisce però di domandare *viam* SINE ITINE

Non potremmo qui fare l' applicazione della nostra regola a tutt' i casi troppo numerosi, riferiti dagli autori, e porremo termine a quest' ordine d' idee con talune osservazioni che ne suggerisce la lettura dello Zachariae, e che ci sembrano provar sempre più la falsità del sistema che combattiamo con gli sforzi stessi che si sono fatti per volerne l' assurdità.

V. — Il professore tedesco ed i suoi traduttori, stabilendo le pretese conseguenze dell'assioma *il tutto non è nella parte*, cominciano col dire (p.782 nota 58) che, dopo la sentenza che rigetta la domanda vertente su di una parte della cosa o del dritto, si può ammettere una domanda vertente sulla *integrità* della cosa stessa o di esso il dritto, ma per rendere siffatta regola meno implausibile, la spiegano soggiungendo che « *quanto non era contenuto* nella prima domanda può esser reclamato con una seconda domanda ». Or chi non vede, che questa seconda proposizione, presentata come semplice spiega della prima, ne è al contrario la negazione, e che la prima è tanto falsa per quanto è vera la seconda?... Sì, senza dubbio, io posso reclamare con una seconda domanda ciò che non era contenuto nella prima, posso domandare il passaggio pei miei bestiami (*actum*) e per le mie vetture (*viam*), ma disgiunto dal passaggio a piedi (*iter*), quando la mia domanda non verteva che su quest' ultimo; posso domandare gl' immobili B. C. D. dipendenza del tal fondo, allorchè la prima sentenza non m' à ricusato che l' immobile A, altra dipendenza di quello stesso fondo; posso dopo essere stato succombente nella domanda del tale quinto di un fondo, reclamare gli altri quattro quinti di questo stesso fondo, posso, a dir breve, dopo essere stato succumbente, in quanto ad una parte della cosa o del dritto, reclamare le *altre parti* di questa cosa o di questo dritto, poichè queste altre parti non erano comprese nella prima domanda. Ma non posso domandare l'*integrità* della cosa o del dritto, poichè sarebbe lo stesso che spingere la mia seconda domanda sulla parte stessa che formava l'oggetto della prima.

Un po' più oltre (p. 783, nota 62) lo Zachariae, decidendo che colui al quale una sen-

tenza ha ricusato l'*iter* può domandare ancora la *viam* o l'*actum*, considerati come comprendenti l'*iter*, rinvia per lo sviluppo di tale idea non solo al Toullier, ma sì ancora al Duranton (XIII-467). Or il Duranton, di cui si dichiara sì implicitamente seguir la dottrina, insegna al contrario come noi, che la sentenza che nega l'*iter*, più non permette di domandare l'*actum* o la *viam*, che *sine itinere*. Il Duranton infatti, dopo aver detto (e con gran ragione, sebbene in contraddizione del sistema del Toullier e dello Zachariae), che colui il quale è stato soccumbente nella domanda di un dritto di uso, non sarebbe ricettibile a domandare l'usufrutto, perchè quando si è giudicato, ch'io non ho dritto ai frutti di un fondo nel limite dei miei bisogni, si è con ciò giudicato non aver io dritto a tutti i frutti di un tal fondo, soggiunge che se può essere altrimenti per le servitù *itineris* ed *actus*, e se si può domandare la seconda dopo il rigetto della prima, SI È PERCHÈ SI PUÒ AVERE l'*actum* SENZA AVERSI l'*iter*, mentre cho è impossibile di avere il pieno usufrutto, senza avere il piccolo usufrutto, chiamato uso.

E facciamo notare la contraddizione in cui cadono a tal riguardo lo Zachariae ed i suoi traduttori... Per rendere plausibile l'idea, evidentemente falsa, ch'io posso ancora dimandare l'*actum* o la *viam* comprendente l'*iter*, quando l'*iter* mi si è negato da una sentenza, i tre giureconsulti vogliono, che la via (e sarebbe lo stesso dell'*actus*) anche quando comprende l'*iter*, sia considerata, non come la riunione di queste due servitù separabili l'una dall'altra, (il che non pertanto è vero) ma come una servitù unica ed indivisibile, la quale essendo diversa dall'*iter* potrà domandarsi ed ottenersi, dopo che l'*iter* sarà stato negato, e formolano la loro regola a tal riguardo dicendo che «il proprietario che » à ricusato una servitù può, non ostante » il rigetto della sua domanda, reclamare ul- » teriormente *una servitù di differente specie, » sia più ristretta, sia più estesa.*» Ma allora, siccome dopo il rigetto della domanda dell'*iter*, io potrei domandare la servitù diversa e più estesa *viam*, così dopo il rigetto della domanda di *via*, potrei domandare la servitù differente e più ristretta *iter*... Che ne avviene allora del vostro preteso principio, che il rigetto della domanda di un tutto rende irricettibile la domanda di ciascuna parte di esso il tutto, principio che il Toullier applica specialmente a siffatta specie (n. 149) spiegando a disteso che, dopo essere stato soccumbente in una mia pretesa di passare a piedi o in carrozza, non posso più domandare il passaggio a piedi soltanto?... Come spiegare questi ondeggiamenti e queste contraddizioni, se non pel bisogno di presentare in un modo alquanto specioso un sistema profondamente insostenibile, e che il solo Toullier ha osato presentare nella sua quasi completa nudità?

Diciamo *quasi*, perchè si vede anch'esso, or arrestarsi innanzi a talune conseguenze che precedentemente tace, or non esprimere queste stesse conseguenze che divergendo in modo strano ed uscendo dal suo sistema senza addarsene. Così, sebbene egli stabilisca nettamente i due pretesi principii che «ben si oppo- » ne l'eccezione alle domande aventi per og- » getto talune parti di un tutto che era l'ob- » bietto di una prima azione» ma che « tale eccezione non può opporsi a colui che domanda con una seconda azione un tutto, di cui taluna parte era stato l'obbietto della prima, (n. 155 in fine) » e sebbene deduce formalmente dal primo di questi pretesi principii la necessaria conseguenza, che colui il quale fossesi giudicato non aver dritto a 20,000 fr., non potrebbe più dimandarne 10,000 (n. 148), non pertanto non osa formulare egualmente quest'altra conseguenza, del pari necessaria, del secondo principio, che colui che si è giudicato non aver dritto a 20,000 fr. potrebbe benissimo domandarne 40000. — Da altra banda, se egli ha il coraggio di dire che, dopo aver lasciato giudicare ch'*io non sono proprietario dello immobile* A, dipendenza del fondo Corneliano, posso domandare ed ottenere il fondo intero con tutte le sue dipendenze, e far quindi giudicare una seconda volta ch'io *son proprietario dell'immobile* A. (n. 155), nol fa se non perchè sente istintivamente il bisogno di mascherare alquanto questa strana soluzione, e la maschera infatti dicendo che, se allora si dichiara appartenermi il fondo, ciò si fa *ad un altro titolo*... Ma se per un altro titolo l'attore trionfi, l'inapplicabilità della eccezione della cosa giudicata sarà, perchè più non è *eadem causa petendi*, e non già perchè non è *eadem res*; sarà il manco della seconda condizione, dell'*identità della causa*, o non più il manco della prima dell'*identità dell'oggetto*, il solo non pertanto di cui qui trattasi!

Rigettiamo dunque delle idee che, comunque ammesse esplicitamente o implicitamente da tutti i nostri autori (salvo la mezza contraddizione del Duranton), non sono meno contrarie alle regole della logica e della giustizia. Diciamo che, se colui che si è giudicato non aver dritto *ad alcuna parte di un tutto*, non può più nulla reclamare, colui che si è soltanto giudicato non aver dritto *al tutto*, può benissimo reclamare una parte, e reciprocamente, che colui che si è giudicato non aver dritto alla *tal parte di un tutto*, può ben reclamare le altre parti di questo stesso tutto, ma

non già l'intero tutto, comprensivi quella stessa parte. Lasciam da banda i pretesi principii che si son voluti dedurre dagli assiomi *Pars in toto*, *non totum in parte*, per attenerci a questo regola di buon senso, che una pretesa è contraria alla cosa giudicata, in tutt'i casi e soltanto nei casi, in cui la decisione conforme a siffatta pretesa sarebbe in contraddizione con la sentenza preesistente.

Senonchè per buona ventura ciò va facendo istintivamente la giurisprudenza; chè, oltre di un arresto di cassazione già citato del 14 febbrajo 1831, ne troviamo altro del 30 marzo 1837, che condanna la pretesa regola, ammessa da tutti gli autori, che colui che è stato soccumbente domandando il tutto, non può piùdomandare alcuna parte di questo stesso tutto. La specie mer ta di essere riferita.— La signora Soehnè a cui il contratto di acquisto di un suo terreno, sito tra la strada Richelieu e i giardini appartenenti al venditore, vietava di costruire altrove che sulla detta strada, avea preteso, al tempo dell'apertura della strada Vivienne a ridosso del suo terreno, che siffatta apertura faceva *interamente scomparire* la sua servitù *non aedificandi*, che essa avea ormai la *piena libertà* dei suoi fondi, e poteva costruire sulla strada Vivienne, *tanto in altezza quanto in profondità*, come meglio le aggradiva; la sua pretesa fu rigettata da un arresto di Parigi del dì 11 novembre 1833. Dopo qualche tempo la signora Soehnèe pretese, che se non aveva il dritto di costruire in altezza, lo poteva almeno in profondità, edificando nella strada Vivienne delle botteghe, la cui altezza non oltrepassasse il muro di chiusura. L'avversario rispose, che questa novella pretesa era contraria alla cosa giudicata, poichè il dritto di costruire in profondità soltanto, essendo una parte del dritto di costruire in altezza ed in profondità, e la parte essendo compresa nel tutto, la nuova quistione trovavasi giudicata dal primitivo arresto. Egli invocava a tal riguardo le leggi romane il Toullier, il Duranton ec... Ciò non ostante la pretesa della signora Soehnée fu accolta e mantenuta e dal tribunal della Senna e dalla corte di appello di Parigi e da quella di cassazione (Dev. 37, 1, 80)... Ed a ragione, essendo ben evidente, che il dritto *d'inalzare delle costruzioni quali che sieno*, e quello *di costruire in profondità soltanto senza sureleva-zione*, non sono punto uno stesso obbietto. È ben aperto altresì, non esservi ombra di contraddizione tra un arresto che giudica non aver io il dritto di *fabbricare in altezza ed in profondità ad un tempo*, e quello che decide poter io *costruir soltanto in profondità* (1).

2.° dell'identità della causa.

VI. — Non basta perchè una nuova pretesa possa essere respinta come cosa giudicata, ch'essa verta sullo stesso obbietto, è mestieri in secondo luogo (ed in oltre ancora di una terza condizione che studieremo più innanzi) che poggi sulla stessa causa, 1.° *eadem res;* 2.° *eadem causam petendi*. Ma che bisogna qui intendere per causa?... È una quistione importantissima, ma abbastanza difficile e trattata, al par della precedente, in modo poco soddisfacente dalla piuppartedegli autori.

La causa è il fondamento *immediato* del dritto che la parte domanda di esercitare. È la base *immediata* della domanda, e quindi

(1) Il Dalloz che, nel dotto articolo *cosa giudicata* della sua nuova edizione, spesso professa le nostre idee e fa talvolta al nostro comentario l'onore di citarne lunghi brani (v. i n. 107, 173, 198, ec.) è qui in completa opposizione con noi. Dopo aver riprodotta questa frase, in cui presentiamo come *evidente* il manco di contraddizione tra le due proposizioni indicate e la differenza d'obbietto tra i due casi, il Dalloz ci risponde essere *certissima* la contraddizione, e *manifesta* l'identità di obbietto (n. 173). Per sorprendenti che siano agli occhi nostri siffatte parole, non dubbiamo pertanto metterle in discussione. Si tratta, da una parte e dall'altra, di un'idea che si pretende evidente, or l'evidenza non si discute, non si dimostra, si vede... Presenteremo soltanto due osservazioni. — La prima che, se il primitivo arresto avea negato al litigante *ogni specie di dritto*, giudicando non poter costruire *in altezza nè in profondità* vi sarebbe in fatti contraddizione a dire poco dopo che possa costruire in profondità. Ma tal non è il caso, si tratta qui di un primo arresto, il quale decide non aver il litigante il dritto *complessivo e generale* di fabbricare in altezza ed in profondità ad un tempo.—La seconda è relativa al rimprovero che ne fa il Dalloz di dare all'arresto Soehnée un senso ed una portata che non ha, rimprovero la cui giustificazione rattrovasi, al dir di lui, nella spiegazioni del Consigliere relatore Lasagni. Questo rimprovero mena al falso. L'arresto non ha due possibili significati, ed il detto rapporto del Lasagni, lungi dall'essere in disaccordo con le nostre idee, dichiara nettamente, come noi, che per esservi stata cosa giudicata sulla domanda *del dritto speciale* (di costruir soltanto in profondità, bisognerebbe che il primo arresto, invece di rigettare soltanto la pretesa dell'attore al dritto generale ed illimitato (di costruire in altezza ed in profondità) l'avesse giudicato privo di *ogni dritto* (non potendo costruire nè in altezza, nè in profondità.—In quanto alla quistione di contraddizione, non v'è, ripetiamolo, possibile discussione. Il punto a sapersi s'è, se la impossibilità di coesistenza tra queste due idee: *Pietro non può costruire in altezza ed in profondità; può costruire in profondità soltanto*... La compatibilità di queste due idee è per noi cosa evidentissima. Il Dalloz la vede altrimenti. Al lettore il giudizio.

bisogna evitar di confonderla sia con le diverse circostanze costituenti le basi mediate, o i semplici *mezzi* che producono o giustificano questa causa ultima (come spesso suolsi fare) sia col dritto stesso, *obbietto* della domanda (come àn fatto antichi comentatori e non ha guari il Bonnier ed il Poujol.)—

Ed in pria non bisogna confondere la causa con gli elementi che vengono a produrla o a giustificarla. Senza fallo, vi saranno dei principii del dritto richiesto, e quindi un fondamento dell' azione, per la quale si reclama un tal dritto; ma son delle basi lontane o mediate, cause della causa, che la legge qui non avrebbe potuto prendere in considerazione, senza rendere eterne le controversie, a spogliare di ogni efficacia le decisioni giudiziarie. Non v'è a preoccuparsi di queste basi lontane; e la causa non trovasi se non nella base ultima, nel principio *immediatamente* generatore, che i Romani chiamavano con molta esattezza *causam* PROXIMAM *actionis*. Laonde quando io sono stato soccumbente nella mia domanda di nullità di un atto notarile per un vizio di forma, desunto dalla minorità di un testimone, non potrò impugnare quest'atto una seconda volta per un altro vizio di forma desunto da tutt' altra circostanza, p. es. dacchè un dei testimoni non fosse francese. È questo un punto riconosciuto dagli autori e dalla giurisprudenza (1).

Ed in effetti la causa della mia prima domanda, vale a dire il suo motivo prossimo, la sua base *immediata*, non era il fatto della pretesa minorità di un testimone, ma sibbene l' irregolarità di forme nell' atto...

Che cosa ho dimandato? la nullità dell'atto notarile. Siffatta nullità era dunque l'*obbietto* della mia domanda. Perchè, secondo me, l'atto dovea dichiararsi nullo? perchè era irregolare nella sua forma.

L' idea generale d'irregolarità di forme era il motivo prossimo della mia azione, la sua base immediata, la sua *causa*. — Ma perchè l'atto era, secondo me, vizioso nella forma? perchè un dei testimoni era minore. Questo fatto speciale di minorità d' un testimone, non rispondendo che al secondo perchè, non era dunque che una causa della causa, in altri termini una base *mediata* della domanda; un semplice mezzo... Ed ora nella seconda mia domanda, la presenza di uno straniero fra' testimoni, o tal'altra circostanza da me allegata, non è parimenti che la base più lontana su cui poggia la base immediata; ed essendo questa eziandio l' idea generale *d' irregolarità di forme*, ne segue che, ad onta della differenza dei mezzi, la causa è la stessa in entrambi i casi.

Senza dubbio, chiaro si scorge dal sin qui detto, i mezzi son pure delle cause, poichè concorrono a fondare la pretensione: e la causa è eziandio un mezzo, poichè è una, anzi la prima delle ragioni allegate in appoggio della pretensione stessa. Del pari che si è detto con molta esattezza in fisica chiamarsi NUVOLA la *nebbia* nella quale non si è, e chiamarsi NEBBIA la *nuvola* nella quale si è, così può dirsi, chiamarsi CAUSA *il mezzo* che motiva la pretensione immediatamente, e chiamarsi MEZZO le cause che trovansi più lontane. Ma qui, come altrove, è mestieri assegnare rigorosamente a ciascuna cosa il suo proprio nome, ed avere cura, per evitare una confusione pericolosa e ben frequente, non intendere *per causa* se non la base immediata, riserbando a tutte le altre il nome *di mezzo*.

Ciò posto si comprende facilmente che se, dopo essere stato soccumbente nella mia domanda di annullamento di una convenzione per errore, vengo in seguito a richiederne l' annullamento per dolo o violenza, o viceversa, essa verrebbe ad esser respinta dall' autorità della cosa giudicata. Nei due casi infatti la base immediata, la causa della domanda di annullamento è la stessa; è l'idea generale d' invalidità del consenso dato (art. 1109); e le circostanze speciali e differenti nei due casi, di errore, di violenza o dolo, non sono che le basi lontane, mediate, in altri termini, i mezzi, che la legge non prende in considerazione.

Ciò è già sufficiente a far comprendere quanto sia poco esatta la definizione data dal professore Bonnier, (il quale per altro è seco noi di accordo in quanto al risultato) della causa, quando dice ch' essa non è « la base generale dell' azione, ma la causa speciale, n. 689 ». Gli è al contrario nella base generale e comune alle diverse azioni che noi troviamo qui la loro causa, a la base speciale a ciascuno non è che un mezzo. Non è dunque per la distinzione delle basi in *generali* e *speciali*, che fa d' uopo qualificare e precisar la causa, ma per la loro distinzione in *mediate* ed *immediate*.

Ben si vede, che questa regola fondamentale non può comprendersi senza spiegazioni nette e precise, e reca meraviglia il vedere, come il Duranton abbia creduto non doverne punto parlare, e non abbia indicato, neppur sommariamente, che intendasi per *causa della domanda* (V. t. XIII, n. 472).

(1) Toullier (X-1 6), Bonnier, (n. 690); Zachariae (V, p. 786), Colmar 17 lug 1819; Rig. 8 feb. 1818; Cass. 29 gen. 1822; Aix 20 dic 1833; Rig. 21 febb. 1835 (Dev.; 35, 1, 179).

Ed è tanto più difficile a compier siffatta regola, in quanto che a prima vista sembra poco naturale e poco equa. Sembra duro in fatti che chi è stato soccumbente in una domanda per nullità di un atto, per la tale irregolarità di forma, non possa più far valere tal' altra irregolarità di forma, totalmente diversa dalla prima, e gli si opponga l' autorità della *cosa giudicata*, quando trattasi di un punto che nella sua prima azione non era stato neppur *sottoposto al giudice*, ed al quale nè egli, nè il giudice aveano neppur pensato. Dicasi altrettanto di colui che, dopo di esser stato soccumbente, invocando il suo errore, voglia far valere un dolo di cui non è stato affatto quistione nella sua prima domanda, un dolo che forse egli ignorava, e *che non è scoverto* che in seguito! Come mai la ragione, l' equità, l' esattezza stessa del linguaggio permettono in questi casi ed altri simili di dire che la quistione è giudicata?...

La regola va spiegata pel sacrifizio sempre necessario dell' interesse particolare all' interesse generale. Se qui si fosse permesso di considerare tutt'altro che la base prossima ed immediata, sarebbe stato mestieri tener conto non solamente della base la quale precede immediatamente quest'ultima, e che risalendo trovasi esser la seconda, e così in seguito risalendo sino alle più remote cause; chè l' obbiezione da noi fatta per la causa del secondo grado, avrebbe sempre potuto farsi per quella di un grado ulteriore. Ora, dare adito a novelle discussioni per tutte le nuove cause, per remote che sieno, vale a dire per tutti i nuovi mezzi, sarebbe stato, come lo abbiam già detto, rendere eterne le cause, ridurre le decisioni giudiziarie a non essere che provvisorie, e distruggere l' autorità della cosa giudicata. Dunque era d'uopo, tutto che spiacevole potesse essere la conseguenza in tale o tal altro caso per le parti, non tener conto qui che della *causa* propriamente detta e prossima, facendo astrazione dai semplici *mezzi*, o cause remote. Spetta a colui che si risolve ad istituire una domanda, il ricercare attentamente tutte le circostanze importanti che si rannodano alla causa prossima, affin di non omettere nulla di quanto possa essere decisivo.

Così giustificata la regola, in quanto all' equità, agevolmente si giustifica in quanto all' esattezza dei termini. Chè dal momento in cui s' intende non ammettere, come costitutiva della *quistione* giudiziaria, che la causa prossima della domanda, sarà esatto il dire che la *quistione* è giudicata, tutte le volte che la discussione sarà troncata in quanto a questa causa prossima. Così, nel primo esempio succitato, egli è verissimo che non si potrebbe dir giudicata la seconda quistione con la prima sentenza, se la formola di tale quistione doveva comprendere l' indicazione della causa remota. Direbbesi essersi giudicato il punto di sapere, *se l' atto è nullo per vizio di forma risultante dalla minorità di un testimone*, e non essersi giudicato, *se eravi nullità per vizio di forma risultante dalla presenza di un testimone straniero*. Ma dacchè avvi un elemento di più in questa posizione della quistione, dacchè la formola legale, respingendo ogni altra base tranne la causa immediata, si riduce a questo: *evvi nullità per vizio di forme?* senza che siavi a considerare il perchè di un tale vizio (chè un tal perchè condurrebbe ad una base mediata), egli è chiaro, che la quistione è identica nei due affari, e che tale quistione è stata giudicata.

La regola adunque si è di non considerar qui che la base immediata; ma ben inteso, dacchè questa base immediata non è la stessa nelle due domande, non v' è più cosa giudicata, e la nuova domanda è ricevibile. Così, quando altri è stato soccumbente in una domanda di nullità di una convenzione per vizio di consenso (per errore, dolo, o violenza), si potrà benissimo domandare di nuovo l'annullamento per incapacità (visto lo stato d'interdizione della persona o il manco dell' autorizzazione maritale, se è una donna maritata). Chè, benchè siavi qui analogia tra le cause delle due dimande, sono non pertanto due cause distinte, di cui l' una (il consenso viziato) regolata dagli articoli 1109 e segg. presenta il manco *della prima* delle quattro condizioni richieste per la validità dei contratti dall' art. 1108, mentre che l' altra (il difetto di attitudine legale ad obbligarsi) regolata dagli art. 1123-1125 è il manco *della seconda* di queste stesse condizioni. Così ancora si è giudicato con ragione, che colui il quale aveva dappria domandato di far dichiarare senza effetto il testamento di un Francese, naturalizzato all' Estero senza autorizzazione, fondandosi su che, giusta il decreto del 1811, i beni di un tal Francese eransi trovati confiscati pel fatto della sua naturalizzazione, poteva benissimo dopo essere stato soccombente in tale domanda (perchè la confisca stabilita dal decreto fu abolita dalla Carta del 1814) far valere contro questo stesso testamento una nullità desunta, da che il testatore essendo privo dei suoi dritti civili, per effetto dello stesso decreto, erasi quindi trovato nella incapacità di testare. Vedeasi infatti che l' oggetto delle due pretese successive, la nullità del testamento, non era reclamato nei due casi per la

stessa causa: nel primo caso questa causa era pel testatore la pretesa mancanza del titolo di proprietario dei beni; nel secondo era la sua incapacità personale. La diversità di causa trovavasi dunque sin dal primo grado nella base prossima, e senza che fossevi bisogno di risalir più sopra (1).

VII. — Abbiam detto che questa condizione della identità della causa era in generale presentata dagli autori in modo poco soddisfacente. Gli uni in fatto, e segnatamente il Duranton, non si danno neppur la pena di definire che cosa qui intendasi per causa, gli altri sviluppando più o meno esattamente la regola, per nulla si occupano di giustificarla, di spiegarla moralmente per dir così, rispondendo all' obbiezione d'esser contraria all'equità, la quale tanto contribuisce ad impedire di ben capirla.

Veramente ci à un autore, il solo per quanto sia a nostra conoscenza, che debbesi eccettuare da quest' ultimo rimprovero.

Il Bonnier, tutto che non abbia presentato questo principio dell' identità della causa ed anche quello dell' identità di obbietto che in modo incompleto e troppo ristretto (p. 638-643) si è almeno sforzato visibilmente di precisare ed anche di giustificare siffatta regola. Ma gli sforzi dell' onorevole professore non sono stati felici, e sarebbe al contrario difficile l' imaginare alcuna che di più spiacevole della sua spiegazione.

« La causa di cui vuol parlare la legge, « dice il Bonnier, *non è la base generale* « *dell' azione*, p. es. se la contestazione verta « su di un testamento, *la nullità di tale te-* « *stamento*, ma *la causa speciale* per la quale « lo s'impugna... Ma fa d' uopo non andar « troppo' oltre in questa via, e non *confon-* « *dere* con *la causa* della domanda i mezzi » *impiegati* per giustificare l'esistenza di essa « causa, altrimenti i giudizi si multipliche- « rebbero all' infinito... La giurisprudenza qui « trovasi fra *due scogli*: non bisogna nè *ri-* « *montare alla causa più remota* della doman- « da, in modo da far cadere la decisione su « punti diversi da quello ch' era stato giu- » dicalo, *e neppure considerare come altret-* « *tante cause diverse i mezzi* particolari che « possono impiegarsi ad appoggio delle con- « clusioni, in modo da moltiplicare all' infi- « nito le cause (n. 689-690). »

Tal è il merito delle spiegazioni del Bonnier. Or si domanda in prima, quali sono i *due* scogli segnalati dall' autore; quali sono i *due* pericoli ch' egli oppone l' uno all' altro... secondo lui, il primo pericolo sarebbe *di rimontare alla causa più remota*, mentre che devesi sostare alla causa prossima; il secondo sarebbe di *considerare i mezzi come cause*. Ma *prendere un semplice mezzo per la causa* è precisamente *rimontare ad una causa più remota*, invece di attenersi alla causa prossima, di tal che i *due* scogli, di cui parla il Bonnier, e ch' egli oppone come un estremo all'altro estremo contrario, non sono che un solo e medesimo scoglio.

Così p. es., se un tribunale dopo aver respinto la mia domanda di nullità di un contratto per invalidità del consenso per errore, ammettesse (a torto) la mia domanda di nullità dello stesso contratto poggiata sulla pretesa invalidità del consenso per violenza, e l' ammettesse ancora, dopo un secondo rigetto, per invalidità del consenso per dolo, *sarebbe da una parte il considerar l'errore, la violenza, il dolo*, che non sono che *mezzi* per istabilire l' invalidità del consenso, *come altrettante cause diverse*, e quindi *moltiplicare all' infinito i giudizii*, ma sarebbe pure da altra parte e nel tempo stesso *rimontare* in ciascun affare alla causa più remota invece di attenersi alla causa prossima... Egli è evidente che il Bonnier, tutto che parli di due pericoli, e tutto che in effetti due pericoli esistano veramente, non indica pertanto che un solo o medesimo pericolo, quello di prendere una circostanza, la quale produce e giustifica la causa mercè questa stessa causa, di prendere una *causa remota* per la *causa prossima*.

E se non si può condonare quest' ultima frase al Bonnier, abbiam già veduto che non potrebbesi neppure assolvere la prima, quella che presenta la pretesa definizione della causa. « La causa di cui vuol parlare la legge, ei dice, non è la base *generale* dell' azione è la causa speciale ». Errore. . . quando io voglio intentare successivamente tre azioni di nullità di un contratto per invalidità del consenso, fondandomi dapprima sul dolo, poi sulla violenza, indi sull' errore, la base generale di queste azioni, la causa comune a tutte e tre, è la invalidità del consenso; la causa speciale a ciascuna, è l' errore, poi la violenza, indi il dolo. Or se fosse vero che bisogna attenersi alla causa speciale, ne seguirebbe che questa essendo diversa nei tre casi, le mie tre azioni dovrebbero ammettersi; ed al contrario il Bonnier insegna, come noi, « che un contratto inutilmente impugnato per causa di dolo, più non può esserlo per causa di violenza o di errore » perchè nei tre casi la causa, come l' intende la legge, è, a suo dire, *il vizio del consenso*. Ma appunto questo vizio di consenso è la base generale e

(1) Pau, 19 mar. 1834: Devill. e Car., 34, II, 344.

comune delle tre azioni !... parimenti quando io domando successivamente la nullità di un testamento, prima per vizio di forma provveniente dalla minoretà di un testimono, poi per vizio di forma provveniente dalla presenza di un testimone non francese, poscia ancora per un vizio di forma risultante da una altra causa, la pretesa regola menerebbe a e dire che le mie azioni sono ricevibili, e che non v'à cosa giudicata, poichè la causa speciale, quella alla quale ci si dice doversi attenere, è differente nei tre casi. E non pertanto il Bonnier dice qui eziandio, al par di noi, che non ostante la differenza della quistione *speciale*, io debba esser dichiarato non ricevibile, perchè la causa, quale la intende la legge, è *il manco di forme* in generale, e non il tale vizio di forme speciali... La regola presentata dal Bonnier, e da noi già di passaggio criticata, è dunque appunto il contraposto del vero, e il Bonnier stesso l'abbatte coi suoi esempii dopo averla fermata (1).

VIII. — Abbiam detto che, se non bisogna confondere la *causa* propriamente detta (vale a dire la causa prossima) con le differenti circostanze che la producono e la giustificano (vale a dire con le cause remote) non bisogna neppur confonderla con l'*obbietto*. Quest'ultimo scoglio, per quanto poco pericoloso può sembrare, richiede non pertanto a sua volta talune osservazioni; anche recentissimi autori vi sono inciampati. Il Ponjol al n. 21 indica come una stessa cosa *la causa* di una domanda e *lo scopo* di essa; poi al n. 25, com. 2. presenta la proprietà come formante l'obbietto di una revindica, ed il dritto di uso reclamato in un'altra azione, come *le cause* delle due domande. Il Bonnier qui commette un grosso strafalcione, e da ciò provengono in lui le spiegazioni talora false, talora inintelligibili da noi osservate.

Cerchiamo dunque di presentare su tale punto un'analisi esatta... Se i nostri sviluppi sembreranno lunghi, si tenga presente, che la necessità ne è noi imposta dagli errori che dobbiam notare.

Alla stessa guisa che la mente allorchè vuol trovare *la causa*, il merito di una domanda giudiziaria, può imbattersi in elementi molti-plici, in ciascuno dei quali riconosce questo carattere di causa, nella guisa stessa potrà talvolta rinvenire elementi eziandio moltipli, quando andrà in traccia *dell' obbietto* di questa stessa domanda; di talchè, siccome per una stessa domanda possono esservi più cause, consegnenze le une delle altre (e di cui *l'ultima* come si è veduto, deve qui solo considerarsi!, possono così esservi più obbietti, consegnenze altresì gli uni degli altri. P. es. allorchè voglio far annullare per violenza la vendita da me consentita della mia casa, siccome nel ricercare la *causa* della mia azione, si rattrovano due cose, vale a dire, la violenza che si è praticata verso di me, indi l'imperfezione che questa violenza à prodotta, così nel ricercare l'*obbietto* di tale azione, ciò a cui intendo giungere la mercè di essa, si trovano parimenti due cose, vale a dire, l'annullamento della vendita, indi la ripresa della cosa venduta, di tal che, se vi à da un lato, oltre della causa prossima ed immediata, una seconda causa più lontana e mediata, che ingenera la prima; evvi pure, oltre dell' oggetto diretto ed immediato, un secondo oggetto mediato e più lontano che à origine dal primo. Dunque due cause e due obbietti, in tutto, quattro cose. Potrebbe, secondo i casi, osservene anche di più, ma questo esempio ce ne dà quattro, e ciò basta per la nostra spiegazione. Notiamo bene, in fatto, che so due soltanto di questi quattro elementi rappresentano la parte di causa rispetto all'azione, la cosa è però diversa, e tutti rappresentano la parte di causa, sotto un altro rapporto, vale a dire per rapporto all'elemento che trovasi sotto di lui. Così la violenza è la causa che ingenera l'invalidità del mio consenso, questa invalidità è la causa che ingenera (sotto la condizione di esser pronunziato dal giudice), l'annullamento della vendita, e quest'annullamento è la causa che ingenera la ripresa del fondo, facendo rinascere il mio dritto di proprietà sullo stesso.

(1) Noi facciamo dire al Bonnier che, in questi due esempii, la causa, come la intende la legge, è per l'uno *il vizio del consenso*, e per l'altro il *manco di forma*. In ciò noi mutiamo la redazione dell'onorevole professore, ma gli è espressamente e per renderla esatta. Le due proposizioni del Bonnier sono: « La causa della mia domanda non era un vizio di forma speciale, ma LA NULLITA' per manco di forme », e più oltre. « La causa della mia domanda era LA RESCISSIONE *per vizio di consenso*. » Or la rescissione del contratto, in un caso, come la nullità del testamento nell'altro, non sono affatto *le causa* della domanda, ne sono al contrario *gli obbietti*. La rescissione, l'annullamento si è appunto quello che io domando; quello a cui tende la mia azione, è dunque l'*obbietto* della mia lite. Ma la ragione su di cui io fondo tale domanda, il motivo legale sul quale l'appoggio, *la causa* della mia domanda, a dir breve, è *il vizio del consenso* in un caso, *il manco di forma* nell'altro... Come potranno gli studiosi formarsi a rette idee, se coloro che s'incaricano dell'insegnamento prendono di così grossi abbagli! vedremo in seguito che da questa strana confusione della causa con l'oggetto, deriva la profonda inesattezza sulle spieghe date su tal materia dal Bonnier.

Così quando gli elementi più o meno numerosi sono considerati non più nel loro rapporto con la domanda, ma nel rapporto tra di loro, ad eccezione dell'ultimo (che non può essere che effetto) sono *una causa* per quello che segue. Così la rescissione del contratto di vendita è *una causa* in rapporto al dritto di riprendere il fondo venduto, ma non è che l'*obbietto* rispetto alla domanda tendente a questa riscissione: la nullità pronunziata di un testamento è *una causa* rispetto al dritto che avrà l'erede legittimo di prendere i beni legati, ma non è che l' *obbietto* rispetto all' azione che tende a far pronunziare tale nullità. Or appunto perchè uno degli elementi può esser così *causa ed obbietto* ad un tempo, secondo il punto differente di vista, in cui uno si colloca, e secondo la causa rispetto alla quale lo si considera, taluni prendendo abbaglio, ed andando senza accorgessene da un punto di vista all'altro, son venuti a dire che l'oggetto immediato, allorquando è seguito da un oggetto mediato, che ne è una conseguenza, si è una causa della domanda! ... Dite piuttosto che è una causa di quest' obbietto mediato o più remoto, senza dubbio, ma una causa *della domanda*, evidentemente che no.

Per non aver capito tali idee, il Bonnier ci dice al n. 690, che la domanda con la quale voglio far cadere un testamento à per causa *la nullità* di esso testamento, e che quella la quale tendo a far annullare un contratto, ha per causa *la rescissione* di esso contratto: poi al n. 720 (vedi più oltre la nota del n. XV), che l' applicazione di una pena è *la causa* dell' azione criminale, ec. Da ciò parimenti derivano le proposizioni false e contraddittorie che formano la base della sua dottrina su questa condizione dell' identità di causa ... Così, quando ci dice, al n. 689, che bisogna intendere per causa, non *la base generale* dell' azione, p. es., a suo dire, *la nullità del testamento*, ma *la causa speciale*, per la quale s'impugna tale testamento, è evidente dall'esempio da lui dato, ch' egli intende, per *base generale*, l' obbietto immediato della domanda; di tal che il fondo del suo pensiero, se si enunciasse in termini esatti, sarebbe che non bisogna tener per causa dell' azione l' obbietto di essa l' azione. E quando, dopo aver detto (al num. seg.) che reciprocamente non bisogna neppur prendere per la causa i semplici mezzi, soggiunge conchiudendo, che fa d' uopo evitare i due scogli, nè cadere in un estremo nè nell' altro, sembra certo che intende con ciò riassumere le due idee correlative che ha voluto spiegare precedentemente, e che la sua frase debbo tradursi così: non bisogna prendere l' obbietto per la causa, nè considerare i mezzi come cause (1).

Per riassumere questi tre num. VI, VII e VIII diciamo: *La causa* che dev' essere la stessa nelle due domande, perchè la seconda sia messa da canto come cosa già giudicata, è il principio che ingenera immediatamente il dritto cui una parte pretende esercitare e che l'altro le contesta: se questo dritto che forma l' oggetto della domanda, risulta da elementi multipli, il più prossimo soltanto costituisce la causa del dritto e della domanda e gli altri principî generatori, che chiamansi mezzi, non sono la causa, come nè il mio avo nè il mio bisavo sono mio padre. Non bisogna neppure, nel caso di oggetti multipli e derivanti l' uno dall' altro, confondere la causa col primo di questi oggetti, che se è causa rispetto agli oggetti più lontani, non potrebbe esserlo rispetto alla domanda.

Sicchè non fa d' uopo da un canto risalire ai mezzi; ma non bisogna dall'altro canto discendere all' oggetto. Del resto, l'oggetto si trova colla risposta a questa domanda: che cosa chiede la parte? e si trova la causa nella risposta a quest' altra: su di che la parte fonda immediatamente la sua pretensione?

IX. — A questi sviluppi che ci sono sembrati necessarii nello stato delle cose, per

(1) Ma perchè il Bonnier, considerando a torto l' oggetto immediato della domanda, come una delle cause di questa domanda (mentre che è causa soltanto per l' oggetto mediato) ne fa una causa *generale* e riserva alla causa vera di questa domanda il nome di *causa speciale*? ... Perchè specialmente, quando vuole opporre al pericolo di prendere per la causa un semplice mezzo, il pericolo reciproco di prendere per causa l' oggetto immediato, formola quest' ultima idea con le parole RIMONTARE *alla causa* più *lontana*? ... Gli è quel che sembraci impossibile di spiegare e neppur di comprendere... L' inesattezza di quest' ultima formola è tanto più bizzarra che il giungere sino all' oggetto di una domanda quando si deve sostare alla sua causa, non è un rimontare ma *discendere*. Chè al pari che semplici mezzi o delle cause mediate si trovano *al di sopra* della causa prossima, poichè la in generano, del pari l'oggetto si trova *al disotto* di questa stessa causa prossima poichè è prodotto da essa. La rescissione da me reclamata del tal contratto, è la *conseguenza* del vizio di consenso, di cui questo contratto era infetto, e che forma la causa della mia azione; la nullità domandata di tale testamento è *la conseguenza* della mancanza di forme costituenti la causa della mia azione. Ora, da quando in qua si va *rimontando* da un principio alla sua conseguenza ?... In qual modo spiegare una tal sorte di inesattezze? (vedete pure la nota del numero XV, infra).

fare ben comprendere la condizione della identità di causa, aggiunge due osservazioni prima di passare alla identità delle persone.

La prima è che l'impossibilità di eliminare l'autorità della cosa giudicata, allora che la causa è differente, non comporta eccezioni.

E dapprima essa si applica alle domande reali, del pari che alle personali. Così, quando io sono succombente nella rivendica dell'immobile A fondata sull'attribuzione che me ne avesse fatta un testamento, ed io fondo una nuova rivendica su di un altro testamento, gli è chiaro che la mia domanda è ricevibile, poichè se l'oggetto delle due domande è lo stesso, cioè la proprietà dell'immobile A, la causa, cioè a dire il titolo di acquisto di queste proprietà, è diverso (1). . . Gli è vero, che in Roma era ben altrimenti, almeno nel caso in cui l'azione reale era stata formata senza espressione speciale della causa, cioè a dire del titolo di acquisto (D. lib.44 t. 2, 14 § 2). Ma siccome presso di noi l'atto di citazione deve contenere sotto pena di nullità, l'esposizione dei mezzi, e per conseguenza l'indicazione della causa allegata (art. 61 C. pr.), il caso non può affatto presentarsi, e quando anche si presentasse, perchè l'avversario non avesse fatto valere la nullità della citazione, noi miamo del parere del Boniler, (n.687) e stimiamo in contrario all'opinione dello Zachariae (V, p.792) che fosse sufficiente l'indicazione, che dessero i motivi della prima sentenza della prima causa, acciò la seconda domanda, fondata su di un'altra causa, dovesse essere ricevuta. Il Codice, in fatti di accordo con la ragione, non fa alcuna distinzione nè restrizione, e solamente per la seconda domanda fondata sulla stessa causa della prima, riconosce l'autorità della cosa giudicata; dunque, posto che io provi, non importa per qual via, che la mia domanda poggia su di una causa diversa da quella antica, questa domanda è ricevibile.

Essa deve egualmente applicarsi, checchè ne dica il Toullier secondo la legge Romana (X, 169), tanto allorchè le due cause di domanda successivamente invocate esistevano già entrambe sul capo del pretendente, al tempo della prima azione; che quando la seconda di queste cause non era per lui esistente che posteriormente al rigetto della prima. Così quando Pietro ha venduto due volte lo stesso immobile; una prima volta a mio padre nel 1840, poi a me nel 1841; ed io, divenuto erede di mio padre nel 1842, qualche tempo dopo, ho citato Pietro per farmi rilasciare l'immobile fondandomi sulla vendita a me fatta nel 1841, io potrei benissimo, soccombendo in questa azione, intentarne un'altra fondata sulla vendita fatta a mio padre nel 1840. La causa della seconda azione, in fatti, non è quella della prima, la quistione che questa seconda lite solleva, non è quella della prima, e non vi è per nulla cosa giudicata. Si è giudicata inefficace la vendita del 1841, ma non vi è perciò nulla di giudicato sulla vendita del 1840.

E perchè dunque non sarei ricevibile? Dice il Toullier, perchè i dritti e le azioni di mio padre essendosi riuniti ai miei propri dritti e azioni, per formare un sol patrimonio, le due azioni che derivavano primitivamente dalle due vendite, *non ne formano più che una sola.*

La conseguenza è falsissima. Dacchè il patrimonio di mio padre ed il mio non ne fanno che un solo, ne segue semplicemente che le due azioni sono attualmente in uno stesso patrimonio, invece di essere in due, e poggiano sullo stesso capo, invece che su due. Così, ben risulta dall'accettazione di successione, che le due azioni appartengono alla stessa persona, ma non può risultarne, che una delle azioni sia assorbita dall'altra per non farne più che una. Vi sono sempre due azioni simili, ma distinte, perchè vi sono due cause di azioni, due vendite. Non si sarebbe senza dubbio accolta questa idea di assorbimento, se invece di supporre due titoli di acquisto simili, se ne fossero supposti due differenti, una donazione e una vendita; egli è chiaro, che l'azione *ex empto* e l'azione *ex donato* non possono divenire una sola e medesima azione.

E se quest'idea d'assorbimento fosse vera, bisognerebbe dunque dire, nel caso dal Toullier medesimo preveduto, in cui mio padre ed io avremmo ciascuno dal suo canto, pagato contante, supponendo che le vendite fossero entrambe dichiarate nulle, bisognerebbe dire che le due azioni di reclamo del prezzo indebitamente pagato e tendenti ciascuna alla ripetizione di 25,000 fr., si riducano mediante quest'assorbimento dell'una per l'altra, ad una sola ripetizione di questa somma, in modo che avrei dritto soltanto a 25,000 fr. invece di 50,000 !... Non è egli forse evidente al contrario, che io posso sempre, in seguito della riunione dei dritti di mio padre ai miei, fare io solo ciò che avrebbe potuto farsi da mio padre e da me separatamente, e per conseguenza far valere, sia per una sola azione sia per due successive, poco monta, o due crediti di 25,000 fr. o un credito di 25,000

(1) Bordeaux 14 mag 39. Mompellieri 15 feb. 1841; Rig. 3 mag. 1841; (Dev. 41, 1, 720 e II, 213).

fr. e la revindica, o infine due volte questa revindica, dapprima con l'uno dei contratti indi con l'altro, dopo essere state soccumbente in quanto al primo?...

Perchè dunque, ripetiamolo, non sarei io ricevibile? Forse perchè avendo avuto a mia disposizione le due azioni, alloraquando ò intentato l'una, ho dovuto farle valere tutte e due insieme, o perchè mi si applicherebbe la pretesa regola, che colui il quale à scelta dapprima una delle azioni che gli appartengono, non può più rivenire ad un'altra: *electa una via, non datur recursus ad alteram*?... No; chè il Toullier stesso ricusa diffusamente e benissimo (numeri 170-193), troppo bene perchè avessimo ad insistervi sopra, questo principio chimerico, che altro non è se non un errore di più a rilevare in questa materia della cosa giudicata, ove tanti errori si sono accreditati. Il Toullier, nelle 32 pagine che consacra alla critica di questo preteso assioma, prova benissimo contro gli antichi comentatori, contro il Presidente Fabre e contro il Merlin, che questo passo, tanto contrario alle regole della ragione quanto ai principii del dritto, altro non è che una di quelle abberrazioni conservate da un cieco andazzo, che la scelta fatta da una persona di tale azione, perchè le sembra più sicura della altre, non potrebbe impedirle di ricorrere in seguito a queste; che l'esercizio di una seconda azione non potrebbesi impedire mercè l'esercizio di una prima che mediante l'applicazione dei principii della cosa giudicata; e che per conseguenza il passo *electa una via non datur recursus ad alteram* non diviene vero, se non quando si ha cura di aggiungere *nisi ex alia causa*. Or, poichè la causa della seconda azione non è quella della prima, poichè l'una è la vendita fatta a mio padre nel 1840 e l'altra la vendita a me fatta nel 1841, la mia seconda azione è dunque ricevibile.

La nostra seconda ed ultima osservazione è che, se la nuova domanda deve esser ricevuta, ogni qualvolta distinta è la causa, debbe reciprocamente rigettarsi, sempre che questa causa è la stessa, ancorchè si proceda per un'azione ben differente. — Così colui che è stato soccumbente nell'azione di petizione di eredità, che aveva istituita in quanto alla metà del tale patrimonio, non potrebbe reclamare in seguito questa stessa metà con una semplice azione di divisione, chè per una stessa causa, il suo preteso titolo di erede, chi si cerca ottenere lo stesso oggetto.

Così ancora il venditore di effetti mobiliari ch'è stato rigettato della revindica istituita per manco di pagamento del prezzo, non potrebbe essere ricevuto in un'azione di risoluzione della vendita fondata su questa stessa mancanza di pagamento (1)

La legge infatto non domanda quattro condizioni, perchè siavi autorità di cosa giudicata; ne domanda tre sole. Non esige con la identità di oggetto, di causa e di persona la similitudine d'azione, e dacchè quindi l'oggetto e la causa sono le stesse (le persone essendo pure le stesse) la nuova domanda è non ricevibile; come al contrario è ricevibile tutte le volte, che la causa è differente e per questa sola ragione.

3° Dell'identità delle parti.

X. — Con l'identità di oggetto e l'identità di causa, che àn richiesto sì lunghi sviluppi, è uopo ancora, perchè siavi cosa giudicata, che la nuova pretesa si agiti tra le stesse persone, le quali agiscano nella stessa qualità: 1° *eadem res*; 2° *eadem causa*: 3° *eadem conditio personarum*... Abbiamo veduto infatti sotto l'art. 5-n. 11, che la efficacia giudiziaria, a differenza dell'efficacia legislativa, à per carattere la specialità, tanto rispetto alle persone tra le quali la sentenza pronunzia, quanto rispetto alle cose sulle quali verte, e che questa sentenza non forma mai legame che per per le parti in causa: *res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest*.

Perchè siavi identità giuridica delle persone, il nostro articolo d'accordo con la ragione, esige due casi: 1° che le parti sieno le stesse, vale a dire, che quelle tra le quali si agita la nuova discussione abbiano figurato nella prima; 2° che queste parti agiscano ancora giusta le qualità, con le quali agivano la prima volta. Spacciamoci in pria di questa seconda idea, per esaminare più liberamente la prima, che presenta maggiori particolarità.

Pertanto non basta che la persona, la quale oggi figura nel secondo giudizio, abbia figurato nel primo; è d'uopo ancora che vi comparisca con la stessa qualità: in altri termini non basta l'identità fisica, è d'uopo ancora dell'identità giuridica, legale. Quando io sono stato soccumbente esercitando per me la revindica del tale immobile, e che voglio esercitarla in seguito in qualità, vuoi di tutore del tale minore o interdetto, vuoi di mandatario o di gerente di tale persona, è ben chiaro che, se l'attore è sempre lo stesso fisicamente, più non è lo stesso legalmente parlando. Nel primo caso in fatto l'attore era io stesso, mentre che nel secondo è il pupillo, l'interdetto, o tal'altra persona,

(1) Orleans, 18 apr. 1835; Rig. 19 apr. 1836, (Dev. e Carr. 37, 1, 42).

di cui io non sono che il mandatario, il luogotenente, l'istromento per dir così: non son più io, ma è un'altra persona che domanda per organo mio. Sarà lo stesso nelle ipotesi reciproche.

Ma l'identità giuridica della persona può ancora sparire per la diversità delle qualità, quantunque questa persona agisca nei due casi per suo proprio conto, per suo benefizio personale. Gli è quando la persona figura nella seconda lite come erede di un'altra persona, alla quale essa non aveva potuto ancora succedere al tempo della prima. La cosa giudicata in favore o contro di essa, allorchè non era ancora erede, punto non impedirà ch'essa non possa di nuovo citare o essere citata a questo titolo di erede; chè non vi è *eadem conditio personarum*, e l'uno dei litiganti più non è, in quanto al dritto e all'obbligazioni che poggiano sul suo capo la stessa giuridica persona che prima.

Ecco un caso giudicato dalla Corte suprema nell'anno VII. Un tal Lostanges, erede di sua madre, ma che aveva rinunziato alla successione di suo padre, aveva riportato vittoria innanzi al Parlamento di Tolosa contro un tal Bessières, nella revindica di un fondo appartenente a sua madre ed indebitamente venduto da suo padre. Ma in seguito Lostanges essendosi deciso ad accettare la successione paterna che aveva dapprima repudiata, venne da Bessières citato per la restituzione del fondo, come tenuto delle obbligazioni del venditore. Lostanges sostenendo che l'avversario doveva essere respinto in forza dell'autorità della cosa giudicata, vide dapprima accolta la sua pretesa, ma sul ricorso il tribunale di cassazione cassò la sentenza pel motivo, perfettamente esatto, che le parti più non procedevano nella qualità stessa che al tempo della decisione di Tolosa. Ed in fatti s'egli è vero, che la pretesa di Bessières aveva nei due casi lo stesso oggetto, cioè la proprietà del fondo, ed anche la stessa causa, vale a dire la vendita fatta da Lostanges padre, è chiaro che non verteva tra due persone che presentassero la medesima condizione, poichè Lostanges, straniero, al tempo del primo giudizio, alle obbligazioni di suo padre, vi si trovava sottoposto all'epoca del secondo con l'accettazione di successione da lui fatta.

Scorgesi da questo esempio, che la circostanza che la persona procede, or come erede del tale, ed or come erede del tale altro, può benissimo fare ostacolo all'autorità della cosa giudicata pel solo manco d'identità giuridica di questa persona, e tuttochè siavi per altro identità di oggetto, e identità di causa. Ma sovente pur questa circostanza farà sparire, vuoi l'identità di causa, vuoi l'identità di oggetto. Eccone un esempio che crediamo egualmente importante di riferire.

Il conte d'Albert e il suo germano il presidente d'Albert avean fatto nell'anno 1?1 transazione con la comune di Mondragone, mercè la quale le abbandonavano taluni beni. Nel 1833 i figli del Conte ottennero dalla corte di Nimes una decisione, con cui dichiaravasi nulla la transazione, ed ordinavasi la loro reintegra ne' beni ceduti dal loro genitore. In seguito questi stessi figli, divenuti eredi del loro Zio il presidente, reclamarono la parte de' beni da costui ceduta colla stessa transazione; e sulla pretesa della comune di far decidere novellamente la quistione, sostennero esservi cosa giudicata. Ma la corte di Nimes rigettò questo fine di non ricevere il 25 novembre 1836 e sul ricorso fu mantenuta la decisione, pel motivo che le due istanze del 1833 e 1836 avevano per oggetto due porzioni di beni differenti reclamate dagli attori, l'una in qualità di eredi del Conte loro padre, l'altra in qualità di eredi del presidente loro Zio, cotalchè non eravi nè identità di oggetto, nè identità giuridica delle parti, e che sotto tal doppio rapporto non v'era cosa giudicata (1).

Adunque se la diversità delle qualità con cui procede lo stesso individuo può trar seco distinzione giuridica di persona, può eziandio trar seco distinzione di obbietto, e più sovente ancora distinzione di causa. Or ciò ne mena alla soluzione di un punto controvertito tra il Toullier e lo Zachariae.

Il primo (X-214,215) insegna, che la diversità di qualità così prodotta da una accettazione non fa ostacolo all'autorità della cosa giudicata, che nel caso in cui la qualità con la quale si suscita la seconda domanda fosse nata dall'accettazione di successione dopo la prima domanda, e non già quando le due qualità già esistevano al tempo della prima domanda. Lo Zachariae poi (V-780) professa al contrario, che questa condizione non è necessaria, e che non v'ha mai cosa giudicata, dacchè la persona si presentasse prima come erede del tale e poscia come erede del tale altro, ancorchè fosse già erede di entrambi al tempo del primo giudizio... La quistione si risolve mercè la distinzione che emerge da quanto abbiamo detto più sopra.

Se l'uso, che si fa nel secondo giudizio, della qualità di cui non erasi parlato nel primo, non può fare ostacolo alla cosa giudicata, che pel manco dell'identità delle parti (l'oggetto e la causa restando necessariamen-

(1) Cass. 7 Mess. anno VII; rig. 3 maggio 1841, Dev. e Car. 1, 1. 216, 41, 1. 391.

te gli stessi) come nell'affare Lostanges, l'idea del Toullier sarà vera, vale a dire che l'effetto non si produrrà che in quanto la qualità sarà nata posteriormente alla prima domanda. Indarno vorrebbesi infatti sostenere, che un individuo non ha figurato in un primo giudizio se non in *proprio nome* o come erede di suo padre, o del tal altro, allorchè sin dal primo giudizio era già l'erede di tutti. Quando avete fin da ora accettato la successione di vostra madre e quella di vostro padre e quella di vostro Zio, non è in potere nè vostro nè di alcun altro di fare che i dritti attivi e passivi di queste tre persone non siano *vostri proprii dritti*, ogni pretesa da voi provveniente dalla tale o tal'altra successione, o pur un dritto che già vi apparteneva prima di avere accettato alcuna successione, è sempre agitata *proprio nomine*, poichè i tre patrimonii da voi raccolti più non sono che le parti integranti del solo e medesimo patrimonio che a voi si appartiene: come potrebbesi dire, sia nel vostro interesse, sia contro di voi, che più non avete nel secondo giudizio la stessa qualità che nel primo, allorchè niuna nuova qualità è a voi sopraggiunta nell'intervallo, e che eravate sin dalla prima epoca, come siete al tempo della seconda, l'erede delle tre persone? Come direbbesi non esservi più *eadem conditio personarium* allorchè nulla, assolutamente nulla è venuto a modificare la condizione delle parti?..., dacchè non si è parlato di tal qualità, non ne segue certamente, che punto non l'avevate, dacchè non si è ravvisata la vostra condizione sotto il rapporto di cui si è oggi preoccupati, non ne consegnita che questa condizione abbia mutato... Adunque soltanto allorchè la qualità di erede, di cui si argomenta nel secondo giudizio, non si è da voi assunta che posteriormente alla primitiva discussione, questa qualità può far cessare, *per manco d'identità giuridica della persona*, l'autorità della cosa giudicata. In questa prima ipotesi il Toullier à ragione e lo Zachariae è nell'errore.

Ma se l'uso che si fa nella seconda discussione di una qualità, di cui non erasi parlato nella prima, à per conseguenza di dare a questa discussione una nuova causa, o anche un novello oggetto, come nello affare d'Albert, poco monta allora, che la qualità già esistesse al tempo del primo giudizio, e che per conseguenza la nuova causa o il nuovo oggetto avessero potuto figurarvi. Chè la circostanza, che si fosse potuto far valere la causa o domandare l'oggetto non impediscono che ciò siasi fatto, e che per conseguenza vi è nuova causa o nuovo oggetto. Non v'è dunque cosa giudicata, ed il Toullier è in errore a sua volta quando, sul rinvio che fa al suo n. 169 (di cui abbiamo già confutato la soluzione al n. VII) insegna che la seconda domanda sarà sempre non ricevibile assolutamente e senza distinzione, sol perchè la qualità con cui la si forma già esisteva all'epoca della primitiva domanda. Senza dubbio l'autorità della cosa giudicata non cesserà allora, per manco d'identità delle parti; ma cesserà per manco d'identità di causa o d'identità di oggetto.

Questa differenza fra le due ipotesi deriva, come ben si vede, dacchè dipende dalla volontà di un litigante di domandare o pur no tal oggetto, o di basare la sua domanda sulla tale o tal'altra causa, mentre non dipende nè dalla sua volontà nè da quella del suo avversario di cambiare la verità delle cose, e di fare che egli non abbia la condizione che à.

XI. — Siccome una persona che agisca in un secondo giudizio deve qualche volta considerarsi come più non essendo la stessa parte, benchè essa stessa abbia agito nel primo, così ed in senso inverso questa persona dovrà soventi dichiararsi la stessa parte, tutto che non sia stata quella che non abbia sostenuto la prima domanda, vale a dire che come può esservi diversità giuridica di persona, non ostante l'identità fisica, può esservi egualmente identità giuridica della persona ad onta della diversità fisica degl'individui. In altri termini, io posso senza aver figurato da me stesso in un'istanza, esservi stato rappresentato da colui che allora agiva, e col quale io mi trovo non fare legalmente che una sola e medesima persona.

Cotalchè gli è chiaro, che il pupillo e l'interdetto sono rappresentati dal loro tutore; la moglie dal marito per le azioni di cui la legge affida l'esercizio a costui; le comuni, gli stabilimenti pubblici dai loro amministratori legali; le società commerciali dai loro gerenti; lo erede che viene a raccogliere una successione, stata vacante, dal curatore nominato a tale successione; l'assente che viene a riprendere i suoi beni dall'immesso in possesso; a dir breve tutti i mandanti dai loro mandatarii, vuoi legali, vuoi convenzionali.

L'erede il quale legalmente continua la persona del defunto, e al par di lui quelli che, senza continuar la persona defunta, sono non pertanto egualmente successori generali di essa, vale a dire i legatarii o donatarii universali o a titolo universale, si trovano essere stati rappresentati dai loro autori in tutte le sentenze pronunziate pro o contro di lui, ma con una distinzione. In effetti se trattasi di un erede puro e semplice, è chiaro che, la rappresentazione essendo assoluta, l'identità giuridica di persona esiste assolutamente ed in

tutti i casi; ma se trattasi di un erede beneficiario, o di altri successori generali, che non continuano la persona defunta, siccome allora il successore non è tenuto alle obbligazioni del defunto, che in quanto che ne possiede i beni e nei limiti del valore di tali beni, ne segue che, quando questi beni sono esauriti, o se il successore vuole abbandonarli, la sentenza ottenuta contro il suo autore diviene per lui *res inter alios judicata*.

In quanto ai successori particolari di una persona vivente, essi sono, in quanto concerne la cosa per la quale essi succedono, degli aventi causa dell' alienante (come lo sarebbe un legatario particolare per il bene legato); ma si sa (art. 1328, n. III) che essi non ànno tale qualità di aventi causa, se non per quanto si è fatto dall' autore anteriormente al loro titolo di acquisto. È dunque soltanto per le istanze anteriori alla vendita, alla donazione, ec. che il compratore o donatario deve, in ciò che riguarda il bene venduto o donato, esser considerato non formande che una persona col venditore o donante: qualunque sentenza ottenuta contro costui su di una domanda formata, dopo che l' acquisto era legalmente compiuto e constatato, sarebbe evidentemente pel successore *res inter alios judicata*. Diciamo dopo l' acquisto legalmente compiuto e constatato, dacchè si comprende bene, che l' acquisto a titolo oneroso non conterà che dal giorno in cui à avuto data certa (art. 1328), e la donazione *soltanto dal giorno* in cui è stata trascritta (art. 941). Son questi dei punti che non potrebbonsi mettere in dubbio, e che in fatto la giurisprudenza ha consacrati (1).

Non è neppure da dubitarsi nel caso ben raro di alienazione fatta tra vivi a titolo universale, che da una parte l' acquirente non sarebbe tenuto *ultra vires bonorum* delle sentenze pronunziate contro l' autore (poichè egli succede ai beni e non alla persona che sussiste tuttavia) e che da un' altra parte, la rappresentazione non avrebbe ugualmente luogo, siccome ora si è detto, che per le istanze anteriori all' acquisto; ma è forse l' epoca della pronunziazione della sentenza o quella dell' introduzione dell' istanza che fa d' uopo qui considerare; e colui che avesse comprato la mia casa, durante un giudizio ch' io sosteneva relativamente ad essa, sarebbe egli legalmente da me rappresentato nella sentenza pronunziata dopo la vendita, ma su di una istanza introdotta pria di questa vendita?... Il Toullier, (X-199) e il Bonnier (n. 694) non si spiegano a tal riguardo, benchè sembra ch' essi si attengano all' epoca della sentenza. Al contrario il Duranton (XIII-506) e più formalmente il Valette (*Riv. di dr. fr.*, 1844, p. 28) e lo Zachariae (V, p. 768) vogliono che si consideri il momento della domanda e presentano questo punto come una regola evidente, che va da sè, e che non richiede discussione, perchè non potrebbe muovere difficoltà. Non pertanto così non è; chè la giurisprudenza costante, di cui questi autori punto non parlano, ammette la regola opposta, e si spinge fino a decidere che l'acquirente più non è avente causa; non solo quando l' acquisto posteriore alla domanda è anteriore alla sentenza, ma anche quando posteriore alla domanda ed alla sentenza, esso è anteriore alla decisione che è venuta a confermare la sentenza dei primi giudici (2).

Nel nostro caso a chi dar ragione, agli autori o alla giurisprudenza?... Ai primi, secondo noi: chè da una banda, l' effetto di un arresto confermativo retroagisce al giorno della sentenza confermata, e l' effetto della sentenza che accorda una domanda retroagisce a sua volta al giorno della formazione di essa domanda, alla quale la parte che perde, è riconosciuta aver dovuto ottemperare sin da quando le fu fatta. Da altra banda, colui al quale io concedo un dritto vero o preteso, prende tal dritto nello stato in cui è al giorno della concessione, e dacchè l' acquisto non à luogo che dopo l' istanza l' acquirente si è sottoposto alla necessità di subire le conseguenze dello stato attuale delle cose; egli s' è trovato, succedendomi e facendosi mio avente causa, obbligato dal quasi-contratto giudiziario anteriore al suo acquisto, come lo sarebbe stato per una formale convenzione (art. 1122). Sembraci dunque certo che la giurisprudenza sia qui in errore.

XII. — Egli è incontestabile ed incontestato che i creditori semplicemente chirografarii sono legalmente rappresentati dal loro debitore in tutte le istanze in cui costui figura, e tutto che queste istanze siano posteriori ai titoli di credito. Coloro che accettano una persona per debitrice, senza domandarle alcuna garentia su' suoi beni, consentono con ciò stesso a non aver ricorso che sul patrimonio di lei, tal quale si troverà appartenere a tale persona il giorno della citazione; e salvo il caso di frode che la legge stessa eccettua e che permette d' impugnare le sentenze del pari che le convenzioni (art. 1167, n. V.), essi

(1) Rig. 11 marzo 1834; Devill. 34, 1, 345, e gli arresti citati in nota. V. pure Rig. 16 febb. 1830; Devill. t. IX, 1, 433 e la nota.

(2) 8 mag. 1810; Pau 14 dic. 1821; Rig 25 marzo 1828; Mompellieri 26 marzo 1828; Rig. 26 marzo 1838; Bordeaux 19 agosto 1811 (Dev. 1840, 38, 1, 759; 41, 2, f.).

ratificano anticipatamente quanto farà il loro debitore. Questo debitore adunque li rappresenta, la cosa giudicata per lui è cosa giudicata per essi ... Ma sarebbe per lo stesso pel debitore ipotecario? è una quistione, la quale, dopo essere stata quasi unanimamente decisa per l'affermativa sino agli ultimi tempi, è oggidì molto controvertita. Mentre che il Carrè, il Favard, il Th. Desmazures, il Berriat, e segnatamente il Merlin, (*Quistioni* v. *opposiz. di terzo* § 1°) e il Proudhon (*usufr.* III, n. 1300-1307) e poscia con essi una giurisprudenza costante (1) decidono, che il creditore ipotecario trovasi rappresentato dal suo debitore nel giudizio sostenuto dopo l'iscrizione dell'ipoteca, in quanto alla proprietà del fondo ipotecato; il Duranton (XIII-507), il Bonnier (n. 695) il Valette (Riv. di dr. fr., 1844, p. 27) e lo Zachariae (V, p. 770) insegnano al contrario, che una tale sentenza è pel creditore ipotecario *res inter alios judicata* ... Quest' ultima opinione è la sola esatta; e siccome gli arresti contrarii sono stati tutti pronunziati in un'epoca, in cui la quistione non era stata neppure esaminata in serio modo: siccome il Valette, il primo che abbia logicamente trattato questo punto importante (chè l'opera stessa del Bonnier non presenta alcuna discussione a tal riguardo) non à scritto che nel 1844, mentre che l'ultimo arresto è del 1841, s come infine questi differenti arresti non danno alcuna ragione in appoggio della loro decisione, e si contentano tutti di trasformare in motivo della sentenza il punto a giudicarsi, dicendo: *Attesochè il creditore ipotecario è rappresentato dal suo debitore*, v'è luogo a sperare che presto o tardi un maturo esame farà uscire la giurisprudenza dalla falsa via nella quale l'à indotta il Merlin.

È verissimo che il dritto d'ipoteca non è uno smembramento della proprietà, e che dopo la sua concessione, il debitore conserva sull'immobile questa intera proprietà; ma bisogna comprendere con prudenza questa proposizione, di cui sovente si è esagerato il senso, e noi vedremo che questa idea, la quale essa sola ha potuto generare l'errore di cui si tratta, è indifferente per la soluzione della quistione. Il dritto d'ipoteca non è uno smembramento di proprietà dell'immobile, come sarebbe per esempio, il dritto di uso, ma è, del pari che l'uso, o tal altro smembramento, un dritto reale che investe la stessa proprietà: l'ipoteca differisce dall'uso sol perchè non non dà una frazione del *dominium*, ma gli somiglia in quanto colpisce pure questo *dominium* e lo modifica a profitto di colui a cui si appartiene: il dritto d'ipoteca non fa che la proprietà non sia più *intiera* rigorosamente parlando; ma fa nondimeno che non è più intatta: se, per la concessione di un dritto di uso o di usufrutto, il vostro *dominium* subisce per così dire l'amputazione di un membro, non vedete voi che lo stabilimento dell'ipoteca, tuttochè gli lascia i suoi membri, gl'imprime un marchio che annunzia il dritto di un terzo, gl'impone una catena che lo avvince al potere di questo terzo? Non vedete voi che se la vostra proprietà, nel primo caso, non può essere trasmessa che nello stato di mutilazione in cui la si è ridotta, essa non può esserlo nel secondo che portando l'impronta di servitù che io le ho impressa, e la catena che le impedisce di sfuggirmi?...

Lo ripetiamo, se malgrado l'ipoteca la vostra proprietà resta intera nelle vostre mani, essa però non è più intatta, non è più libera e piena; essa vi è inceppata, o singolarmente inceppata nel vostro dritto di disposizione, nell'*abusus*, dal dritto che avete conceduto ad un terzo sulla proprietà, dritto che giunge fino a contenere il potere condizionale di far vendere i beni su di un detentore qualunque esso sia, in modo che la concessione di questo dritto presenta un germe di alienazione.

Ma, poichè il creditore ipotecario trovasi aver direttamente sul bene, un dritto particolare, dritto che, nella sua realtà, lo fa partecipare in un modo energico, a carico della cosa stessa, come potrebbesi dire con esattezza, che deve restare estraneo alle istanze che concernono questo detrimento della cosa, e che il proprietario debitore sarà per tale istanza il suo naturale rappresentante?.. Ciò è vero per il creditore puro e semplice, che non ha rapporto diretto se non con la persona del debitore che ha lasciati intatti i dritti di questa persona sulla proprietà, e che non può mettersi in rapporto con questi beni, che per l'intermedio della persona e in quanto questi beni appartengono presentemente a questa persona; ma è evidentemente falso per il creditore, il quale ha stabilito un legame diretto tra lui e la proprietà, e che ha distrutto una parte de' dritti che il debitore aveva sulla cosa per sostituirvi un dritto tutto suo su detta cosa.... L'ipoteca essendo un dritto reale, proprio del creditore, dritto che entra nel suo patrimonio, e diviene sua proprietà, del pari che un dritto di usufrutto; in qual modo altri che il creditore potrebbe

(1) Cass. di una decisione della Corte di Caen, 12 frutt. anno IX; Rig. di decis. della Corte di Tolosa, 16 giug. 1811; cass. di una decis. di Douai 21 agosto 1826; Rouen 30 nov. 1837 e Rig. 22 marzo 1831; Parig. 2 febb. 1833; Rennes 21 ag. 1839 e Rig. 26 magg. 1841: Dev. e Car. t. VIII, 1, 417; 31, 1, 350; 32, 2, 301; 41, 1, 749.

disporne o comprometterla d'una maniera qualunque?

Poichè, a differenza del pegno generale che altro non è che un dritto eventuale sul patrimonio tal quale resterà definitivamente al debitore, il mio pegno ipotecario è un dritto che investe immediatamente e irrevocabilmente la proprietà, un dritto assoluto e indipendente dalla volontà ulteriore del debitore, del pari che il dritto di usufrutto o di uso ch'egli mi avesse conferito, comechunque questo debitore avrebb'egli il potere di comprometterre quello piuttosto che questo dritto di usufrutto?... Mi si risponde che, quand'anche egli sia ipotecario, il creditore è sempre un avente causa; senza dubbio: ma colui al quale io ho conceduto l'uso o l'usufrutto, non è egli egualmente mio avente causa? Colui al quale ho venduto o donato l'immobile intero, non è egli pure il mio avente causa? Non iscorgete che tutti coloro ai quali ho conferito un dritto reale quale che sia, sono stati miei aventi causa, per ciò che ho fatto prima della concessione, ma più nol sono per quanto ho fatto di poi? E perchè ancora il mio debitore potrebbe compromettere la mia ipoteca litigando, allorchè nol può *contrattando*? son io forse meno suo avente causa *quando contratta* che quando litiga? quest' ultima idea lungi dall'essere più probante delle altre (che sono egualmente decisive) ci sembra almeno tale da colpire maggiormente: tutti debbono comprendere che, poichè il debitore ipotecario (a somiglianza di un alienante e a differenza di un debitore chirografario) non può compromettere il mio dritto con un contratto, ei lo può molto meno con un litigio. Chè come mai potrebbe esservi differenza tra i due casi?...

Si è imaginato dire, che ciò è perchè la sentenza non fa che dichiarare i dritti preesistenti, mentre la convenzione crea novelli dritti; e che pertanto quando si è giudicato che il debitore non era proprietario, la perdita della sua proprietà trae seco quella della mia ipoteca, per applicazione della regola *soluto jure dantis*; ma tutto ciò desta pietà e somma pietà! Chè da una banda non sarebbe la sentenza non solo puramente dichiarativa per l'acquirente dell'uso, dell'usufrutto o della proprietà, ma ancora pel creditore ipotecario; e se la risoluzione del dritto del costituente fa cadere l'ipoteca, non fa parimenti cadere la servitù, i dritti di uso, di usufrutto e il pieno *dominium* che avrebbe trasmesso? E da un'altra banda non è forse evidente che qui cadesi in un grosso circolo vizioso, poichè *si applica l'effetto della sentenza* per giungere a dire che l'ipoteca del creditore non era validamente stabilita, e che la quistione è precisamente quella di sapere, se per questo creditore àvvi sentenza, se ciò che viene giudicato in quanto al debitore, lo è pure in quanto ad esso il creditore: si applica contro il creditore, senza vedere che lo si potrebbe del pari contro gli acquirenti, la massima *res judicata veritas est*, quando il punto di discussione è precisamente quello di sapere se vi à *res judicata*.

Come mai scrittori quali il Merlin e il Proudhon àn potuto da una parte cadere in una tale petizione di principio e non iscorgere d'altronde, che ogni acquirente di un dritto reale, da quello che ottiene una semplice ipoteca fino a quello che compra la proprietà medesima, sono qui forzosamente sulla medesima linea? Tutti, senza distinzione possibile, sono degli aventi causa del concedente, poichè tutti vantano da lui i loro dritti; ma essi nol sono che pei fatti anteriori alla concessione, e sono dei terzi per tutto ciò che la segue, vale a dire che ricevono il dritto nello stato in cui è al giorno della concessione. Tutti ànno il loro dritto indipendente dalla volontà ulteriore del concedente, e questo dritto non può subire alcuna lesione, nè da convenzioni formate da costui, nè da sentenze che lascerà pronunziare: tutti, lo ripetiamo, sono sulla medesima linea, ed àvvi a notare infatti, che il Poudhon (*loc. cit.*) applica la sua dottrina non alle ipoteche soltanto, ma a queste *ed alle servitù*, e non eccettua che coloro i quali ànno acquistato la proprietà o la comproprietà. Vero è che altrove ci dimentica questo sistema ed insegna che la sentenza resa col proprietario è *res inter alios acta* per l'usufruttuario; e per l'usuario (n. 1298, e t. V, n. 2749). Come conciliare queste idee? poichè l'usufruttuario e l'usuario punto non sono dei comproprietarii, l'usufrutto e l'uso non sono che delle servitù continue. La verità è, come si è veduto, che tutti i diritti reali sono qui sulla medesima linea, che i ragionamenti imaginati contro il creditore ipotecario si applicano a qualunque acquirente; che ciò che si è detto delle sentenze è forzosamente applicabile alle convenzioni, e che non si potrebbe ricusare al creditore ipotecario il dritto di dirsi estraneo alla sentenza ottenuta contro il suo debitore, che giungendo fino a dire, che il venditore medesimo dell'immobile resta, non ostante la vendita, libero di disporre, come gli piacerà, dei dritti che egli ha trasmesso al suo compratore! Ripetiamolo ancora una volta, poichè in ciò sta tutto: colui che ottiene un dritto reale quale che sia su di una cosa è ben l'avente causa di colui che glielo conferisce,

ma non è avente causa che per quanto à preceduto la concessione; e quanto avviene in seguito dopo di lui, sia in una convenzione, sia in un litigio, è per lui *res inter alios acta*, o *judicata*.

Il Merlin in difetto di argomenti speciosi in quanto alla teoria legale ne à cercato uno nella pratica delle cose, e si è spinto a dire nella requisitoria, alla quale si deve l' arresto dell'anno IX e gli altri per conseguenza, che sarebbe *assurdo* di domandare, che colui il quale litiga in revindica contro il detentore di un immobile metta in causa i sei, otto, o dieci creditori a cui questo detentore à potuto conferire ipoteche. Il Bonnier, mentre adotta, ma senza discussione, la stessa nostra decisione riconosce nondimeno, che questa necessità sarebbe *estremamente imbarazzante* e spiega così l' adozione, fatta dalla giurisprudenza, della dottrina che abbiamo combattuta, dottrina ch'el dice più *utile che logica*.

Allorchè questa idea di un estremo imbarazzo fosse vera, non sarebbe una ragione per violare la legge, e neppure per desiderarne la modifica. Non si vede perchè si dispenserebbe piuttosto il reclamante dall' ottenere sentenza contro gli otto o dieci creditori a'quali si è potuto dare ipoteca, piuttosto che dispensarlo dall' ottenerne contro le otto o dieci persone, alle quali si è potuto trasmettere un ottavo, un decimo della proprietà divisa o indivisa d'un immobile, o dare delle servitù di uso, di passaggio, di veduta, ecc... e se potesse essere comodo all' uno ottenere contro una sola persona una sentenza opponibile a dieci, gli è, mi sembra, abbastanza comodo e giusto per queste che apparentemente hanno pure il dritto alla protezione della legge di avere la facoltà di difendere i loro dritti! Ma vi è di più; ci sembra che il sistema della giurisprudenza sia tanto contrario alla utilità pratica, che alle regole legali. Da un lato, infatti, gli acquisti della proprietà o dei suoi smembramenti potendo generalmente farsi senza pubblicità, mentre che l'ipoteca (salvo il caso eccezionale dell' ipoteca legale de'minori e delle donne maritate) è sottoposta all'iscrizione, e precisamente nel caso di creditori ipotecari sarà più facile di mettere in causa tutti gl' interessati per ottenere una sola sentenza da opporsi a tutte: e quando anche non si sarà presa questa precauzione di chiamare tutti gl'interessati, è poco a temersi, se la quistione di proprietà è stata seriamente dibattuta, che questi interessati, sebbene possano sollevare un nuovo litigio, si determinino a farlo per il piacere d'imporsi delle spese inutili, e finalmente il più grande inconveniente che possa presentarsi nel caso eccezionale d'ipoteche occulte, sarebbe di discutere più volte la medesima quistione. Da un'altra banda, al contrario vi sarebbe pei creditori ipotecarii un pericolo enorme e molto più grande che per gli acquirenti di servitù o di porzione dell'immobile ad essere rappresentati dal loro autore nella sentenza ottenuta contro di costui; chè può accadere che un debitore ruinato, insolvibile, e che, nella causa che gli si intenta, più non à alcun interesse personale a mettere in salvo, lascia giudicar contro di lui, anche senza mala fede, ma per uno scoramento ed una indifferenza, che spiega il manco d'interesse, una quistione di proprietà, nella quale una difesa l'avrebbe facilmente fatto trionfare. Come mai vuolsi che una sentenza, pronunziata forse in contumacia, abbia il suo effetto contro dei creditori, i soli interessati, ed all'insaputa dei quali si fosse pronunziata e fosse passata in forza di cosa giudicata?.. V'à egli cosa più atta a scuotere il credito pubblico?... Un pericolo così spaventevole non esiste neppure per acquirenti di una porzione dell'immobile, poichè il loro autore dovrebbe sempre difendere la sua propria porzione; ed esiste ancor meno per semplici acquirenti di servitù, poichè queste lasciano al concedente quasi l'intero valore dell'immobile.

Quindi ricusando ai creditori ipotecari un dritto, che si è ben costretto a riconoscere negli acquirenti di porzione dell' immobile o di servitù, il sistema del Merlin respinge precisamente, pel caso in cui è molto più facilmente praticabile e di prima necessità, un dritto d'intervenzione che accorda nel caso in cui la sua applicazione è più facile e ben meno utile!... Si può dunque dire, capovolgendo la frase del Bonnier, che questa dottrina non è più utile di quel che fosse logica, e che lungi da ciò, è contraria non solo ai bisogni della società, ma eziandio a principii del dritto positivo.

XIII. — V'à talune classi di persone che, per la loro relazione con la tal' altra, trovansi legalmente rappresentate da essa nelle sentenze che lor sono favorevoli, ed al contrario non sono che terzi in quelle che lor sarebbero di pregiudizio. Vale a dire che in questo caso, la parte che ha litigato, trovavasi per la sua posizione verso la persona, alla quale trattasi di opporre la sentenza, aver mandato per rendere migliore la posizione di costui, ma non per renderla peggiore.

Laonde gli acquirenti di un fondo, tutto che la sentenza resa su di esso fondo *contro* il loro autore su di una domanda posteriore all' alienazione sia per essi *res inter alios judicata*, possono al contrario invocare la sentenza pronunziata nel caso istesso a pro di que-

sto autore. P. es. quando voi avete intentato contro Paolo una revindica della casa che costui mi vendeva, e siete stato soccombente, non potrete intentar di nuovo un'azione simile contro di me, dicendo che la sentenza, ottenuta per Paolo, non lo è per me; che Paolo il quale più non aveva al tempo del giudizio la proprietà della cosa, non à potuto litigare che pel mio conto, come mio gerente di affari, e se io posso benissimo non rispettare questa gestione, e prendere argomento dalla mancanza di potere, quando questa gestione m'è nociva, io sono parimenti il padrone di ratificarla, quando m'è giovevole.

Così ancora, l'usufruttuario sarà rappresentato dal nudo proprietario in quanto al suo usufrutto e il nudo proprietario dall'usufruttuario in quanto alla sua nuda proprietà, nelle sentenze ottenute da uno di essi contro altre persone sulla piena proprietà del fondo, mentre che non lo sarebbe, se le sentenze fossero pronunziate a pro di queste altre persone. Questo punto è stato spiegato all'art. 614.

Parimenti, colui che trovasi attualmente proprietario di un fondo, ma sotto una condizione risolutiva, sia perchè lo abbia acquistato sotto questa condizione, sia perchè lo abbia alienato sotto una condizione sospensiva (art. 1168 n. 1) e la proprietà del quale venga a svanire retroattivamente per l'avvenimento della condizione, avrà debitamente rappresentato, in quanto alle sentenze favorevoli relative al fondo, colui che trovasi definitivamente essere ed essere stato proprietario, mentre che non l'avrà rappresentato nelle sentenze contrarie.

È lo stesso eziandio del semplice possessoro o proprietario apparente, relativamente al proprietario reale che viene ad evincerlo; chè giusta quanto abbiam già avuto occasione di dire, questo proprietario apparente trovavasi l'amministratore del fondo, avendo evidentemente qualità per fare tutto quel che interessava il vero padrone, e non avendo alcun potere, al contrario, per distruggere o compromettere i dritti di costui.

Devesi ugualmente porre sulla stessa linea, non ostante l'opinione contraria del Toullier (X-207), la sentenza pronunziata su quanto concerne la proprietà di un immobile, ed anche un dritto *indivisibile* di servitù su questo immobile, in favore o contro di uno dei comproprietarii indivisi dell'immobile. Questo comproprietario avrà sufficientemente rappresentato gli altri comproprietarii contro il terzo nelle sentenze favorevoli a questi comproprietarii, ma sarà stato senza qualità, se la sentenza è favorevole al terzo, ad onta dell'indivisibilità dell'oggetto. Il Toullier, invocando una legge romana, il cui pensiero è abbastanza oscuro, e fondandosi ma a torto sull'autorità del Pothier, pretende che i comproprietarii saranno qui rappresentati tanto nelle sentenze contrarie quanto nelle altre. Ma la sua dottrina, respinta a ragione dal Duranton (XIII-528) e dal Bonnier (n. 702) è evidentemente inammessibile, e l'indivisibilità stessa dell'oggetto altro non potrebbe fare, che la quistione di sapere a chi appartiene possa giudicarsi contro taluni di coloro che se ne pretendono padroni senza il loro concorso. Che monta che la cosa sia indivisibile? può esservi in ciò una ragione, un pretesto stesso, perchè io sia spogliato della mia comproprietà su di essa, senza essere ammesso a discutere il mio dritto?... Sicchè, il Pothier dopo aver detto al n. 59 della sua sezione dell'autorità della cosa giudicata, che la sentenza sfavorevole trovasi allora, posta l'indivisibilità dell'oggetto, esecutoria per la natura stessa delle cose contro tutt' i comproprietarii, à cura (il che non à notato il Toullier) di aggiungere al numero seguente, che coloro che non vi ànno figurato, *possono formarvi opposizione di terzo, senza che abbiano bisogno di allegare la collusione.* Or colui ch'è stato rappresentato in una sentenza non può formarvi opposizione di terzo (opposizione *di terzo*, in quanto a terzo) che a condizione di provare, che siavi stata frode per parte del suo rappresentante, prova che fa cadere la qualità di rappresentante; ma quando si può formare la opposizione di terzo senza allegare la frode, è quando si è completamente terzo e che la sentenza è *res inter alios acta*. La dottrina del Pothier significa adunque che, se l'indivisibilità dell'oggetto à per conseguenza naturale e forzata di far rivivere l'esecuzione della sentenza, anche per coloro che non vi àn figurato, non toglie che costoro non sieno sempre terzi, avendo il dritto assoluto di far giudicare di nuovo la quistione, salvo ad essi di non poter agire per ciò che con la opposizione di terzo, invece di avere la scelta tra questa opposizione di terzo ed una azione principale. Così fu nettamente giudicato da un arresto di rigetto del 19 dicembre 1832 (1); ed il Bonnier s'inganna, quando critica questo arresto come dichiarante *aventi causa gli uni degli altri* i comproprietarii di un oggetto indivisibile.

Il Toullier commette adunque un grosso errore nel n. 207, come ne commette un altro egualmente grave nel n.° precedente, quando dice, che ogni obbligazione indivisibile è appunto perciò solidale (V. art. 1225, num. II.).

(1) So di una decisione conforme di Colmar (Dev. e Car. 33, 1, 175).

Quest' ultima falsa idea del Toullier lo conduce a dire, che il condebitore di un debito indivisibile è rappresentato dal suo condebitore, tanto nelle sentenze che lor sono contrario quanto in quelle che lor saranno favorevoli, poiché essendo condebitori solidali, trovansi con ciò mandatarii gli uni degli altri. Ma siccome questa pretesa solidarietà non esiste, e che *longe aliud est*, siccome diceva il Dumoulin, *plures teneri in solidum, et aliud obligationem esse individuam*, la conseguenza del Toullier, anche quando fosse vero il suo principio, non potrebbe neppure essere ammessa.

Ma il principio stesso è forse vero? fa d'uopo ammettere come il Toullier (X-202) che, siccome la sentenza ottenuta contro il creditore da uno dei debitori solidali, arreca sempre vantaggio ai condebitori, (purchè ben inteso si tratti di un mezzo di difesa comune a tutti) così la sentenza pronunziata a pro del creditore contro uno dei debitori (su di un mezzo di difesa comune egualmente) sarà sempre *res judicata* contro gli altri creditori? Noi pensiamo che no. Abbiam veduto agli art. 1205, 1207, che se i condebitori solidali nel sistema della legge, si tiene che siensi costituiti mandatarii gli uni degli altri, gli è unicamente *ad conservandam obligationem*. Così il creditore può benissimo per gli atti diretti contro un solo (art.1206), o mercè la confessione di questo debitore (art.2249), impedire rispetto a tutti la prescrizione del dritto che à contro di essi e far continuare questo dritto tal quale; ma non può nè contrattando, nè litigando con uno, giungere a fronte degli altri ad una consolidazione o ad un immegliamento qualecho sia di tal dritto. Sembra dunque a noi come al Duranton (XIII-320) ed allo Zachariae (V, p. 774 nota 42) e contrariamente alla opinione del Toullier (X-502) o del Bonnier (n. 701) che il debitore non molestato può far giudicare di nuovo la quistione, giudicata in presenza soltanto del suo condebitore, non già soltanto quando invoca un mezzo di difesa che gli sarebbe personale, ma assolutamente e non solo pei mezzi comuni a tutti, sì eziandio per quelli a lui personali (1).

La maggior parte degli autori ed eziandio gli arresti (2) ammettono che il garante è rappresentato dal debitore principale nelle sentenze rese contro di costui su mezzi proponibili da entrambi, e che non debba considerarsi come terzo, se non quando egli à a proporre mezzi a lui proprii. Siffatta dottrina, che noi comprendiamo benissimo nel Toullier, nel Bonnier, e in tutti coloro che ammettono, che un debitore solidale è rappresentato dal suo condebitore nelle sentenze pronunziate contro costui su di un mezzo comune, sembraci essere una contraddizione per parte della Corte Suprema, considerato l'arresto succitato del 15 gennaio 1839; poichè i condebitori solidali sono più rigorosamente ligati verso il creditore che i semplici garanti, o anche nel caso in cui son da risguardarsi come semplici garanti gli è soltanto nei rapporti tra di loro, e non già rispetto al creditore (art. 1216). Se un creditore non può prevalersi contro un debitore solidale della sentenza ottenuta contro un condebitore, a maggior ragione non debbo poter opporre ad un semplice garante la sentenza ottenuta contro il debitore principale. Sicchè lo Zachariae, che insegna como noi, che il debitore solidale non è rappresentato nelle sentenze pregiudizievoli dal suo condebitore, insegna parimenti come noi (V, p. 773, nota 40) che il garante non lo è dal debitore. In quanto al Duranton, che ammette puro il primo punto, è molto difficile il sapere che cosa si pensi del secondo, chè egli comincia dal dire, che la sentenza pregiudizievole « ben « si reputerà resa *col garante*, perchè *il debi-« tore lo rappresenta* » poi soggiunge « ma « il garante *potrebbe farvi opposizione di ter-« zo* (XIII-517, com. 3°.) » Il che vuol dire che il garante sarà ben rappresentato, ma che punto nol sarebbe.

Checchè ne sia, noi pensiamo che il garante non potrebbe essere qui rappresentato dal debitore. Dal perchè la guarentigia è un accessorio, è una dipendenza del debito, senza del quale, e fuori del quale non potrebbe esistere, ne segue bensì che, quando il debito svanisce o diminuisce (per una cagione che non sia personale al creditore, ma che concerne il debito), la garanzia diminuisce o svanisce egualmente, e quindi tutto ciò che è giudicato

(1) Rig. 15 genn. 1839 (Dev., 39, 1, 97). Il Bonnier insegna, che la giurisprudenza non riserba al condebitore non molestato che i suoi mezzi personali, e lo sottomette alla decisione resa prima di lui su di un mezzo comune; egli cita in sostegno di questa asserzione un arresto di rigetto del 29 nov. 1836 (Dev. 37, 1, 362). È questa però una nuova inesattezza. Da una banda infatti questo arresto del 1836 non giudica e non poteva giudicare la quistione in quanto ai mezzi comuni, poichè trattavasi di un condebitore che invocava un mezzo a sè proprio, e che quindi doveva essere ammesso ad una novella discussione al nel sistema del Bonnier, come nel nostro. In quanto ai mezzi comuni a tutti i debitori, la quistione non si è presentata che in una decisione di Parigi del 20 marzo 1809 e nell' arresto di rigetto del 1839; giudicato contro il debitore nel primo, lo fu in suo favore nel secondo.

(2) Cassaz. 27 nov. 1811; Lione 12 apr. 1831; Rig. 11 dic. 1834; Parigi 11 luglio 1836; Rig. 12 febb. 1840 (Dev., 35, 1, 376; 40, 1, 529).

(per una tal causa) a pro del debitore, è perciò giudicato a pro del garante; ma in qual modo potrebbe seguire che quanto è giudicato contro questo debitore, sia giudicato contro il garante?... L'obbligazione del garante, se è dipendente dall'obbligazione generale, non è perciò identica con essa; ne è certamente distinta, ed il garante si trova legato dal suo lato, come il debitore dal suo; e siccome le cause di nullità, di estinzione o di diminuzione del debito principale sono pure delle cause di nullità, di estinzione o di diminuzione del legame particolare al garante, ne segue che, quando il garante invoca queste cause, non agisce in nome del debitore, ma bensì in suo nome personale. Se il dritto ch'esso esercita allora appartiene al debitore, gli appartiene pure in proprio... Ma se così è, esso non si presenta dunque come avente causa di questo debitore, e per conseguenza la quistione giudicata con questo, non è punto giudicata con esso.

Diciamo dunque, ad onta degli arresti che sono in errore, tanto su questo punto, quanto sull'importante quistione dei creditori ipotecarii, che i garanti come i debitori solidali, come le altre classi di persone più sopra indicate, sono ben rappresentati da'loro debitori principali o condebitori nelle decisioni favorevoli ottenute da costoro, ma più nol sono nelle sentenze sfavorevoli pronunziate contro di essi.

XIV. — Abbiam veduto all'art. 137, n. IV, combattendo il sistema adottato dalla giurisprudenza e da parecchi autori, segnatamente dal Demolombe, che l'erede apparente non è affatto il mandatario dello erede reale, o non dobbiamo insistere di bel nuovo su tale idea, per conchiuderne che quest'ultimo non sarebbe rappresentato nelle sentenze pronunziate contro l'erede apparente, in quanto ai beni ereditarii. Questo erede apparente pel quale, checchè si possa fare e dire, non si troverà in alcun luogo della legge una regola che gli dà una posizione eccezionale, è nè più nè meno sulla stessa linea di tutti gli altri proprietarii putativi, di cui abbiam parlato nel 5° comma del numero precedente.

Abbiam pure veduto all'art. 800, che la sentenza, mercè la quale un erede si è lasciato imprimere la qualità di erede puro e semplice, e che à lasciato passare in forza di cosa giudicata, allorchè poteva impugnarla, può invocarsi contro questo erede da tutti gli interessati, non perchè àvvi allora *cosa giudicata* a pro di costoro che non àn figurato in causa, ma perchè l'inazione dell'erede, che poteva reclamare contro siffatta qualità, equivale ad un'accettazione pura e semplice della successione: di tal che non v'è eccezione alla regola del nostro articolo. Non è già la sentenza come sentenza che s'invoca allora contro lo erede, gli è la sua acquiescenza a tale sentenza, considerata come accettazione.

Non ritorneremo già su queste idee; e senza neppure spingerci in altre che ne menerebbero tropp'oltre, ci contenteremo, per terminare questa materia dell'identità giuridica delle persone, di aggiungere una osservazione relativa alla opposizione di terzo.

L'opposizione di terzo è la *opposizione* che vien diretta da una persona contro una sentenza, la cui esecuzione fosse a lui pregiudizievole per farla cadere, in quanto a lui, fondandosi su di che essa è un *terzo* rispetto a tale sentenza, ch'è per lei *res inter alios acta* (art. 474, C. pr.).

Quando colui contro del quale si è pronunziata la sentenza aveva in sulle prime qualità per rappresentare la persona che vuole impedire l'esecuzione, p. es. se trattasi di un creditore chirografario che vuol arrestare l'effetto della sentenza resa contro il suo debitore, costui non può riuscirci che a condizione di provare, che siavi stata frode, collusione tra gli avversarii e il suo rappresentante, il quale à così cessato di rappresentarlo; chè più non è rappresentare una persona, ma piuttosto divenirne l'avversario, il colludere con coloro che ànno interessi opposti per sacrificar loro i suoi diritti. Quando il terzo opponente non era punto nè poco rappresentato dalla parte perditrice, quando non è in alcun modo il suo avente causa, e che può dirsi terzo assolutamente e per principio, la frode più non è necessaria, e l'opposizione di terzo è ammessibile senza condizione. Scorgesi da ciò che questa opposizione di terzo, vuoi che si fondi su che la parte perditrice non aveva qualità per rappresentare l'opponente, vuoi che si fondi su che questa parte, avendo per regola qualità, l'ha perduta per la sua collusione, è sempre una conseguenza ed un'applicazione del principio proclamato dal n. 3. del nostro art. 1351, che non v'à cosa giudicata, se non quando v'à identità giuridica delle parti, e che *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Per tutta volta, perchè àvvi naturale rapporto tra la regola che abbiamo sviluppata e l'opposizione di terzo, rapporto, che spiega perchè i tanti arresti da noi citati nei numeri precedenti trovansi tutti sotto la rubrica *Opposizione di terzo*, non bisogna non pertanto credere, che questo principio, come sovente si pensa, e come sembra che insegni il Proudhon (Usufr. III, n. 1286) sia subordinato all'esercizio dell'opposizione di terzo, la quale così sarebbe una via indispensabile a procedere

per provare, che non si è stato parte nella sentenza che s'invoca contro di noi. Sarebbe questo un errore. L'opposizione di terzo non ha per iscopo di stabilire che si è terzo per rapporto ad una sentenza, ma bensì di arrestare l'esecuzione di una sentenza. Senza fallo, per riuscire nella opposizione di terzo, fa d'uopo provare che si è terzo; ma questa circostanza ch'è mestieri giustificare, non è l'oggetto dell'azione, ne è al contrario la causa, la base; e lungi quindi, che questa giustificazione della mia qualità di terzo e della impossibilità perciò di oppormi alla sentenza, sia subordinata all'opposizione di terzo, è al contrario la mia opposizione di terzo, la quale è subordinata a tale giustificazione. Se dunque la opposizione di terzo dipende necessariamente dal principio *res inter alios judicata aliis nocere non potest*, come l'effetto dipende dalla sua causa, questo principio è al contrario interamente indipendente dalla opposizione di terzo.

Ma ora questo scopo al quale tende la opposizione di terzo forse che non posso raggiungerlo senza di quella? forse che non posso, contentandomi di dire che sono terzo in quanto alla sentenza, fare che non si tenga conto alcuno di tale sentenza rispetto a me, e che le cose procedano assolutamente, come se questa sentenza punto non esistesse? Forse che la opposizione di terzo non sarebbe allora nella legge una superfetazione, una cosa perfettamente inutile?... Senza fallo, in massima, in tesi generale basterà al terzo di dire, che questa qualità di terzo fa sì che rispetto a lui non v'ha sentenza: a tal che potrà invece di ricorrere all'opposizione di terzo che per lui non sarà che una pura facoltà, agire come se nulla fossesi giudicato. Ma gli è un caso particolare in cui la legge più non doveva accettare le conseguenze di questo sistema radicale, e segnatamente per questo caso essa ha organizzato l'opposizione di terzo, la quale diviene allora una necessità pel terzo se non vuole che la sentenza gli noccia.

Questo caso è quello in cui la sentenza rispetto alla quale voi vi pretendete terzo, non può eseguirsi verso colui contro del quale si è ottenuta, senza eseguirsi, con ciò stesso verso di voi, a talchè questa sentenza non potrebbe restare inefficace in quanto a voi che rimanendo inefficace assolutamente, p. es. quando si è giudicato fra Pietro e Paolo proprietarii di un corso d'acqua, che il primo ha il dritto di stabilire un argine nel tal punto di questo corso d'acqua, e se esso deve nuocere tanto a voi stesso quanto a Paolo, siccome allora la sentenza non è suscettiva di rimanere ineseguita in quanto a voi, eseguendosi in quanto a Paolo, siccome deve per la natura stessa delle cose eseguirsi assolutamente e restare assolutamente senza effetto, voi non potete impedire l'esecuzione (la quale non è diretta contro di voi, ma vi nuoce) o far rivocare l'esecuzione già consumata che avvalendovi della opposizione di terzo. Havvi un atto dell'autorità, un atto legalmente esecutivo che ordina la confezione di un lavoro; voi volete impedir questo lavoro o farlo distruggere, dovete dunque far revocare l'ordine di cui avete a dolervi, e perciò la legge vi offre la opposizione di terzo: finchè un atto dell'autorità sussiste debb'essere rispettato, spetta a colui che crede dolersene il farne pronunciare la retrattazione.

Così quando la sentenza pronunziata a pro di Pietro contro Paolo, tuttochè suscettiva di potervi nuocere, può non pertanto aver pure effetto contro Paolo senza eseguirsi contro di voi, potrete senza ricorrere alla opposizione di terzo, ricusare il sottoporvici, e rinviar Pietro ad eseguire contro Paolo soltanto, finchè non avrà ottenuto sentenza contro di voi stesso: ma quando questa sentenza non potrebbe rimanere inefficace contro di voi senza esserlo assolutamente, quando l'effetto che volete impedire, è non pertanto il solo che l'atto esecutivo possa ricevere e che, per non nuocere a voi, dovrebbe quest'atto essere annullato, farà mestieri che lo impugniate e dirigiate perciò contro di esso la opposizione di terzo.

Questa distinzione che sembra imposta dal confronto del principio *res inter alios* colla necessità di rispettare qualunque atto dell'autorità, e che ci mostra la opposizione di terzo, or come puramente facoltativa ed or come obbligatoria, distinzione che sembra per altro adottata da parecchi autori di procedura, è tale da ravvicinare le due opinioni estreme, professate su tal punto, ed i diversi arresti pronunziati sulla quistione (1).

4. Influenza sul civile della sentenza resa in via criminale.

XV. — Il nostro art. 1351 (la cui spiega qui ha termine, e pel quale quanto ne resta a dire più non è che un appendice) non si occupa ben inteso che delle decisioni civili; nè riguarda la sentenza criminale. Ma si comprende nonpertanto, che innanzi al tribunale civile può presentarsi una quistione stata già

(1) Boitard (lezioni 53 e 54), Th. Desmazures (1 n. 525) — Opposizione di terzo facoltativa: cass. 2 germ: anno X; cass. 11 maggio 1840 — Opp. di terzo obbligatoria; Colmar 21 marzo 1844 e 4 lug. 1851; Rig. 19 dic. 1852 e 21 apr. 1841; (Dev. 33, 473; 2, 75; 410, 1, 79; 451, 33).

giudicata da un tribunale criminale o viceversa; e se non dobbiamo indagare qual possa essere l'influenza del civile sul criminale, il che rientra nello studio del dritto criminale, dobbiamo esaminare al contrario, se e fino a qual punto le decisioni criminali debbano influire sulle sentenze che potranno intervenire in linea civile.

Qui ancora gli autori presentano una dottrina ben poco soddisfacente e dal Merlin e Toullier che discutevano la quistione or sono più di 30 anni, fino al Bonnier ed al Poujol che in questi ultimi anni son venuti a riassumere i costoro lavori, niuno, eccetto il Dalloz e lo Zachariae, ha trattato questa quistione in modo logico, e scorto il vero mezzo di soluzione. Qui come sulla materia della *identità di obbietto*, gli arresti han divato, per mancanza di teorie razionali farsi guidar dal sentimento istintivo del vero, che la scienza quando non è esatta, soffoca invece di sviluppare; e la dottrina, ben lungi dal mostrare la via alla giurisprudenza, non ha saputo neppure estrarre dalle numerose decisioni, giuste nel fondo se nol sono nei loro motivi, il sistema logico che contenevano in germe.

Il Merlin ponendosi il primo sul falso terreno ove tutti l'han poscia seguito, e costretto da ciò, ancha per giungere a dello conchiusioni vere, ad invocare i più falsi principii, sostiene (quis. v. *falso* § 6), che quando io vengo p. es. a domandare a Pietro innanzi un tribunale civile la riparazione del delitto, per il quale costui è stato condannato da un tribunale criminale, havvi cosa giudicata sulla esistenza del delitto e la sua imputazione a Pietro, in modo che questi non può pretendere, che si agiti nuovamente la quistione per tentare di provare, ch'egli non è l'autore di questo delitto. Ciò è vero come ben presto vedremo; ma il Merlin prendendo uno svarione che tutti han preso dopo di lui, meno che il Dalloz e lo Zachariae, spiega in una maniera lunghissima e spesse volte oscura, come l'autorità della cosa giudicata risulta dall'esservi ad un tempo: 1° identità di causa, poichè la base delle due azioni, è il delitto commesso; 2° identità di obbietto, poichè malgrado la differenza dei loro *oggetti diretti*, i due giudizi sono reputati, agli occhi della legge, avere il medesimo *oggetto fondamentale*, » 3° infine, identità delle parti, poichè il ministero pubblico essendo il rappresentante della intera società, mi ha rappresentato come ogni altro cittadino nel giudizio contro Pietro da me intentato. Il Toullier (X, n. 240-259) ha facilmente confutato questo sistema del Merlin. Egli dimostra, che non vi ha identità di parti, poichè il pubblico ministero, non potendo domandare la riparazione pecuniaria del torto cagionato, e l'individuo leso non avendo altro dritto che il domandare questa pecuniaria riparazione, ben chiaramente ne segue, che il pubblico ministero non ha potuto esercitare il dritto di questo individuo, cioè a dire, rappresentarlo; nè soprattutto identità di oggetto, poichè questo oggetto altro non è, e non può essere, in via criminale che l'applicazione di una pena, mentre che in via civile non può essere che un pagamento di danni e interessi. Egli conchiude da ciò, che la decisione criminale non può avere influenza alcuna sull'azione civile.

Il Bonnier (n. 720 723) mentre espone, molto imperfettamente d'altronde, (1) la dottrina del Toullier, gli oppone quella del Merlin, alla quale pare attenersi, e finisce col dire (n. 623), che il ministero pubblico è il rappresentante di tutti gli interessi pubblici e privati. Ma supponendo che ciò fosse vero, e che vi fosse identità delle parti, ciò che non è, non sarebbe meno evidente, per questo, che non può esservi identità di oggetto, e che per conseguenza questo sistema è inammissibile. Il Poujol al contrario segue il sistema del Toullier, ed insegna (n. 33), che il manco delle condizioni volute dall'art. 1351 impedisce d'applicare al civile la cosa giudicata al

(1) Il Bonnier infatti ricadendo qui nella strana confusione che abbiamo rilevato al n. VIII della causa di una domanda col suo oggetto, e prestando questa stessa confusione al Toullier, fa dire a costui (n. 720), e che fra le due azioni civile e criminale, vi è differenza essenziale di *causa*, poichè *la causa* della prima è la riparazione di un danno, e *la causa* della seconda l'applicazione di una pena. Ora s'egli è falso che questa riparazione di danno, e questa applicazione di pena, sieno le CAUSE delle due azioni, poichè al contrario esse sono il fine a cui tendono queste azioni, vale a dire i loro OGGETTI, è falso egualmente che il Toullier abbia detto qualche cosa di simile. Toullier al n. 247 al contrario nettamente spiega, che le due azioni possono ben esser fondate sulla *medesima causa*, cioè a dire il delitto imputato alla persona, ma che non possono avere il *medesimo oggetto*, poichè l'*oggetto* dell'una è l'applicazione di una pena, e l'*oggetto* dell'altra una somma di danaro per riparazione di danno. Questa idea di differenza nell'*oggetto* viene espressa fino a dodici volte, e molte volte in corsivo in questo n. 247 del Toullier... Ed in fatti, come si è potuto immaginare di dire, che l'applicazione della pena è la *causa* dell'azione del ministero pubblico, il *fondamento* di questa azione? Se così fosse l'effetto si produrrebbe dunque *prima* della sua causa, e l'azione si appoggerebbe su di un fondamento che non esiste?... E' evidente poichè fa d'uopo, che l'azione sia intentata e seguita dalla sentenza, prima che l'applicazione della pena possa succedere... Dire che l'applicazione della pena, il fondamento dell'azione, è dire che il fondamento di un edifizio è nella tettoia. Ed è lo stesso di tutti i casi in cui il Bonnier prende così l'oggetto per la causa.

criminale. — In quanto al Duranton, sarebbe assai difficile il dire al giusto, quale è il fondo della sua teoria su tal riguardo; poich' egli si contenta, senza rimontare ai principii generali, di presentare (XIII, 486 497) una serie di specie particolari e una collezione di arresti ch'ei sembra accettare come altrettanti testi di legge. Nondimeno sembra accomodarsi al sistema del Merlin, e ammette precisamente come questo autore, che v' ha identità di parti fra le due azioni, poichè il pubblico ministero è, per l'azione criminale, il rappresentante di tutti e di ognuno (n. 495-496).

Sicchè gli autori si dividono fra due sistemi che consistono nel dire, l' uno, che la sentenza resa al criminale conserva tutto il suo valore innanzi i tribunali civili, poichè nei due giudizi, criminale e civile, si trova l' identità di causa, di oggetto e di parte, come vuole l'art. 1351; l' altro che se v' ha identità di causa, non v' ha però identità di oggetto, nè identità di parti, e che per conseguenza questo medesimo art. 1351 toglie tutto il valore alla sentenza criminale innanzi la giuridizione civile.

Or questi due sistemi sono egualmente falsi.

Ed è per primo ben certo, checchè se ne sia detto, che nè l'identità di parte, nè sopratutto l' identità di oggetto qui s' incontrano; il Toullier l'ha dimostrato con una nettezza che permette sorprendersi, come si sia potuto sostenere il contrario dopo le sue spiegazioni. In qual modo dunque colui che cerca di buona fede la verità, può mai, per attenersi alla identità di oggetto, pretendere che il pagamento di una somma per danni ed interessi, e l' imprigionamento di un uomo, sieno la stessa cosa? Che il domandare contro Pietro un pagamento di 20,000 fr. e domandare che gli si tronchi la testa, sia domandare la *stessa cosa* e tendere allo stesso oggetto? Come immaginare di dire, secondo che il Merlin ha fatto, che dacchè vi è identità di causa, vi è perciò identità dell' oggetto *fondamentale*? Che cosa è questo oggetto che è *fondamentale* nell'azione, e che è lo stesso per le due domande? È senza dubbio l' oggetto, cioè a dire nel caso nostro la cosa qualunque, che forma il *fondamento* di queste due domande, vale a dire, il delitto imputato alla persona. Ma questo delitto che serve di base alle due domande, questa cosa (o se volete quest'oggetto; poichè non vi è cosa che non possa chiamarsi oggetto; qualunque cosa vien considerata dal nostro spirito è l'oggetto della nostra attenzione), questa cosa la quale è fondamentale nelle due domande, che forma il fondamento di queste domande, è precisamente, nè più nè meno, la causa di queste domande; in modo che la vostra frase avviluppata, del genere di quelle che han fatto dire « che la logica è l' arte di confondere le idee col ragionamento » riesce a dire che, dacchè v' ha identità di causa, vi ha perciò identità di causa... Se non debbesi prendere l' oggetto per la causa, come fa il Bonnier, non debbesi nemmeno prendere la causa per l' oggetto, anche aggiungendo *fondamentale* per palliar l' errore. Ciò che è fondamentale in una domanda, ciò che le dà il suo fondamento, è appunto la sua causa; e in quanto al suo oggetto è ciò che vuolsi ottenere appoggiandosi su questo fondamento. . . Lo ripetiamo, la morte, i lavori forzati, o tale altra pena che domanda il pubblico ministero, e i biglietti di mille franchi che lo domando non sono mica la medesima cosa, tutt' i possibili sofismi non possono fare che ciò sia; e quando anche vi fosse fra le due domande identità di causa e identità di parti, non potrà mai esservi identità di oggetto. È dunque un errore da non sostenersi il vedere in tal caso, come il Merlin, il Mangin, il Leseylier, il Duranton, il Bonnier ec., l' esistenza delle condizioni volute dall' art. 1351.

Ma se questo sistema è inammessibile, quello del Toullier non lo è meno; come ammettere in fatti, che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società, che il fatto di cui era accusato non à mai esistito, possa ancora ricercarsi ed essere passibile di una condanna qualunque per questo preteso fatto, anche innanzi un tribunale civile? tutt'i principii di giustizia e di equità vi si oppongono. Come ammettere all' inverso, che colui che dopo una difesa presentata con tutta la libertà e tutte le garenzie che la legge accorda, è stato solennemente condannato come colpevole di un tal delitto, possa in seguito, anche innanzi un tribunal civile, sostenere e giungere a stabilire legalmente, che il fatto non è stato commesso o non gli è imputabile? Sarebbe uno scandalo giuridico, che ben evidentemente è tanto contrario alla volontà del legislatore quanto alla ragione. Questa volontà, che non poteva non essere, di far rispettare in tutta la società, e nelle discussioni civili come altrove, le decisioni pronunziate in linea criminale, manifestasi d' altronde in più di un testo. Quindi segnatamente l' art. 463, C. istr. crim. vuole che, quando si saranno dichiarati falsi degli atti in tutto o in parte da un tribunale criminale, esso ordina la radiazione o la riforma degli atti. Egli è chiaro, che questa radiazione e questa riforma non potrebbero ordinarsi, se la decisione criminale non giudicava la quistione in quanto agl' interessi civili. . . Ma infine, ci si dirà, qui non v' ha tra le due decisioni nè i-

dentità di parti, nè identità di oggetto, per conseguenza le condizioni richieste dall' art. 1351 punto non esistono... Ciò è verissimo; ma (e questo dovevasi rispondere dal Merlin e da' suoi partigiani, invece di negar l' evidenza), questo art. 1351 è inapplicabile a tal caso. L' art. 1351, come l' abbiam detto al principio di questo n. XV, non è che una regola di dritto civile, scritto per le quistioni di puro dritto civile, non per quelle che risultano dal ravvicinamento del dritto civile e del dritto criminale, e che prevedendo il caso di due decisioni civili entrambe, per nulla si preoccupa della relazione di due azioni, di cui l' una è civile e l' altra criminale.

Sembraci dunque, e tale è pure il sentimento del Dalloz (t. II, p. 624 e 625) e dello Zachariae (V, p. 793), che il Merlin come il Toullier à avuto torto di spiegare i rapporti del dritto criminale al dritto civile con una disposizione che non li regola e che, se il sistema del primo, vero nella sua conclusione, è falso nel suo principio; il sistema del secondo, vero nel suo principio, è falso nella sua conseguenza.

XVI. — Ma se la natura stessa delle cose più non permette, quando trattasi dell'influenza di una sentenza criminale sul civile, di esigere, per riconoscere l' autorità della cosa giudicata, la riunione delle tre condizioni richieste dall'art. 1351, fa d'uopo esigere sempre, ben inteso, che il punto che si pretende legalmente stabilito dalla sentenza, sia ben precisamente quello che tale sentenza à deciso, e che sia uno di quelli sui quali la giurisdizione criminale aveva missione di pronunziare.

Ed in prima è mestieri che trattisi di un punto la cui decisione s' appartenga alla giurisdizione criminale. Or è missione dei tribunali criminali il decidere, se il fatto imputato all' incolpato esiste, se egli n' è lo autore, e se questo fatto gli è imputabile sotto il punto di vista della legge penale, e come delitto di dritto criminale (1). Al contrario i tribunali criminali, a meno che la persona lesa non siasi costituita parte civile, come vien permesso dall' art. 3. C. istr. Crim. (caso in cui questi tribunali s' impossessano e dell' azione pubblica e della civile) non ànno a decidere, se il fatto imputato costituisca o pur no, vuoi un delitto civile, vuoi un quasi delitto, in modo da produrre conseguenze legali sì punto di vista della legge civile. Se dunque un tribunale criminale giudicasse, allorchè non v' à parte civile, che il fatto, di cui l' incolpato vien riconosciuto l' autore è compiutamente irreprensibile, e non può dar luogo nè all' applicazione di una pena, nè ad una condanna di danni-interessi, la decisione sarebbe senza alcun valore in quanto a quest' ultimo punto, e la persona che si pretendesse lesa, potrebbe sempre venire, innanzi alla giurisdizione civile, a dibattere la quistione di esistenza di un delitto di dritto civile, o di quasi delitto dante luogo ai danni-interessi, quistione che il tribunale criminale non aveva dritto di decidere, e di cui la soluzione negativa trovasi non avvenuta.

È mestieri inoltre, che il punto che invocasi innanzi la giurisdizione civile, come giudicato dal tribunale criminale sia ben precisamente quello deciso da tal tribunale. Così, quando esso ha giudicato, che il fatto rimproverato a Pietro non esiste, la persona che dicesi lesa per questo fatto, non può, tutto chè non abbia figurato nel giudizio criminale, essere ammessa a provare nel civile l' esistenza di simil fatto. Parimenti se il tribunale criminale, riconoscendo l' esistenza del fatto, ha giudicato che Pietro non n' era l' autore, egli è chiaro, che la persona lesa non potrà molestare Pietro nel civile a causa di tale fatto (2). Parimenti ancora, se il tribunale criminale, riconoscendo che il fatto esiste, che Pietro ne è l' autore, à dichiarato, non essere a lui imputabile, e non avervi egli colpabilità, non si potrà pretendere di stabilire contro di lui questa stessa colpabilità innanzi la giurisdizione civile; reciprocamente, se Pietro è stato dichiarato colpevole del tal delitto, e che si domandi poscia contro di lui in linea civile qualche conseguenza civile di tal delitto p. es. una revoca di donazione per ingratitudine, ei non potrà pretendere di discutere di bel nuovo la quistione di colpabilità (3). In questi differenti casi in fatti, il punto che vorrebbesi dibattere di bel nuovo innanzi la giurisdizione civile è ben quello che à deciso il tribunale criminale; e tutto che la seconda azione non abbia lo stesso scopo della prima, tutto che il reclamante più non sia lo stesso, e che non vi sia così nè identità di oggetto e neppure identità di parti, vi è nondimeno cosa giudicata: la giurisdizione civile non può dichiarare inesistente il delitto che la giurisdizione criminale ha constatato, nè giudicare estraneo ad un fatto, o innocente di tale fatto colui che l' altra giurisdizione ha dichiarato colpevole, nè reciprocamente: qualunque decisione criminale,

(1) Vedremo nel giungere alla materia dei delitti e dei quasi delitti (art. 1382), che il delitto di dritto criminale non è sempre delitto di dritto civile, nè reciprocamente, e che il Duranton (XIII-697 e 698) cade in errore confondendoli.

(2) V. il famoso arresto del 17 marzo 1813 nella causa Tourangin C. Charret.

(3) Caen, 13 dic. 1816; Rig. 5 mag. 18 8; Limoges 20 febb. 1816; Grenoble 17 nov. 1846 (Dev. 46, 2, 106 e 517).

essendo resa con la società istessa, presenta un carattere di generalità che le imprime l'autorità della cosa giudicata indipendentemente dalle condizioni volute dall' art. 1351. Ma al contrario, se il punto che si vuol discutere in linea civile non è identicamente quello, o uno di quelli che il tribunale criminale ha decisi, egli è chiaro che la quistione resta intatta e può benissimo essere discussa.

Così quando la sentenza criminale, senza decidere se il fatto esiste o no, se l'incolpato ne è o no l' autore, ha dichiarato soltanto, ed è ciò che avviene sempre innanzi la corte di assise (1), che l' imputato non ne è *colpevole*, questa sentenza non potrebbe impedire, che la persona la quale si pretende lesa, venga a provare per via civile che il fatto esiste, che l' individuo, dichiaratone innocente, ne è l' autore, e che questo fatto costituisce un quasi delitto o un delitto di dritto civile che dà luogo a danni e interessi. Evidentemente allora non vi è contraddizione alcuna tra il punto stabilito dalla decisione criminale, e quello che si vuole stabilire innanzi la giurisdizione civile; poichè è solamente giudicato, che Pietro non ha commesso un delitto criminale che dà luogo alla applicazione della legge penale, e che si vuol fare giudicare ch'egli ha commesso un semplice delitto civile che dà luogo all' applicazione delle disposizioni puramente civili degli articoli 1382, 1383.

La regola consiste dunque nel dire, che la pretensione sollevata innanzi alla giurisdizione civile potrà essere discussa in tutti i casi, e solamente ne' casi in cui non si trova inconciliabile con la decisione emanata dalla giurisdizione criminale. Essa è, come si vede, identica a quella che abbiamo sostituita, combattendo la strana dottrina degli autori, all'applicazione degli assiomi *pars in toto, non in parte totum*, quando si è trattato di determinare l'identità d'oggetto: e siamo sorpresi che lo Zachariae, il quale ha sì ben compreso la giustizia di questa regola, non l'abbia egualmente compresa più sopra.

Secondo questa regola, colui il quale è stato dichiarato colpevole del delitto d'incendio della propria casa, potrà benissimo, sulla domanda civile della compagnia di assicurazioni, essere giudicato colpevole di aver cagionato l'incendio per sua imprudenza, e non aver diritto quindi all' indennità in faccia a questa compagnia. Similmente l'arresto, che dichiara che Pietro non è colpevole del delitto di falsità, non impedisce di far giudicare in via civile, che il documento per causa del quale era citato, è veramente falso, poichè questo documento può essere falso, senza che vi fosse stato delitto di falsità (per esempio, se è stato alterato da un pazzo, o da un ragazzo senza discernimento) ed il delitto di falsità può avere pure esistito senza essere stato commesso da Pietro. Queste quistioni ed altre analoghe sono state giudicate in questo senso da numerosi arresti (2).

Fra questi arresti, uno ve n'ha che merita essere sopra ogni altro rimarcato, in ciò che applica la regola, e l' applica esattamente, nella ipotesi più delicata che potevasi presentare, quella d' una persona dichiarata innocente d'una presunzione di omicidio involontario per imprudenza. Sembra a primo colpo d'occhio che, dopo simile dichiarazione della giustizia criminale, non potrebbe esservi luogo a condanna civile di danni e interessi; poichè il delitto criminale esistendo allora (art. 319, C.p.), sol perchè vi è stato disaccortezza, imprudenza, disattenzione o negligenza, la dichiarazione di non colpabilità significa, che questa semplice imprudenza, negligenza, ecc. non esiste, e quindi non si vede come una condanna civile (che egualmente non può basarsi che su questa imprudenza) potrebbe non contraddire la prima decisione. Questo sentimento sarebbe nondimeno un errore. Senza dubbio, se la prima decisione emanata da un tribunale correzionale ha giudicato, che non è

(1) Sotto il Codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV non poteva essere sottoposta ai giurì alcuna quistione complessa, e bisognava decomporre le idee in questo modo: *Tal fatto è stato commesso? L'accusato è egli l' autore di questo fatto? L' accusato è egli colpevole* per aver commesso questo fatto? Oggi, secondo l' art. 337 del codice d' istruzione criminale, non si deve posare che questa sola domanda contenente le tre idee: *L' accusato è egli colpevole* di aver commesso questo fatto? Questa unità disgraziatamente è pericolosissima, dal perchè de' giudici poco illuminati confondono, come nelle Corti d'assise abbiamo spesso osservato, le due ultime di queste tre idee qui sopra dette, e si ricusano a comprendere, malgrado gli sforzi dell' avvocato, che altro è l'aver commesso un fatto, altro l' essere colpevole di questo fatto.—Ma se i giurì non hanno altro a dare che questa unica decisione: *Sì, l' accusato è colpevole, o no: l' accusato non è colpevole* (art. 348 Ist. crim.), i tribunali correzionali al contrario sviluppano e motivano la loro decisione, e può quindi risultare dalla loro sentenza, o che il fatto istesso non ha esistito, o che il prevenuto non ne è l' autore.

(2) Rig. 19 marzo 1817; Rig. 8 maggio 1832; Bastia 15 maggio 1833; Rig. 10 febb. 1840; Cassaz. 27 mag. 1840; Cass. 2 giugno 1840; Orleans 4 dec. 1841; Rig. 3 luglio 1844, Limoges 14 agosto 1844; Devil. 32, I 845; 33; II, 575; 39, I, 767; 40, I 635, 638, e 984; 42, 2, 467, 44, I, 733, 45, II, 496. — Non bisogna del resto accettare come esatti tutti i motivi di questi diversi arresti.

il prevenuto che ha cagionato l'omicidio, nessuna condanna sarà più possibile; ma se questa decisione emanante, sia da un tribunale correzionale, sia da una corte di assise, decida soltanto, che l' incolpato *non è colpevole* di questo omicidio (benchè potesse esserne l'autore) una condanna non è possibile. Infatti, vi sono delle gradazioni, vi è del più e del meno, nell'imprudenza, si può non essere stato tanto imprudente, negligente, o disattento da meritare una condanna d'imprigionamento, ed esserlo stato tanto da essere obbligato di riparare il pregiudizio cagionato. Ma s'egli è così, non vi è dunque contraddizione fra la sentenza che nega l'imprudenza costituente il delitto (criminale) di omicidio involontario, e quella che afferma l' imprudenza costituente il semplice quasi delitto dell'art. 1383... Dunque con ragione, la corte di appello di Orleans à riconosciuto qui una possibilità di una condanna civile di riparazione del pregiudizio cagionato, fondandosi sul motivo « nel caso, la decisione civile *non ha nulla di inconciliabile*, con la decisione criminale (1) ».

1352 [1306]. La presunzione legale dispensa da qualunque prova colui a favore del quale essa ha luogo.

Non è ammessa prova veruna contro la presunzione della legge, quando, sul fondamento di questa presunzione, essa annulli certi atti, o neghi l'azione in giudizio, eccetto che la legge non abbia riserrata la prova in contrario, e salvo ciò che è prescritto riguardo al giuramento ed alla confessione giudiziale.

SOMMARIO

I. Colui che invoca una presunzione legale è dispensato di provare altrimenti la sua allegazione; ma egli è tenuto a provare che la presunzione esiste. Grosso errore del Toullier e di antichi dottori.

II. Le presunzioni assolute son quelle, in conseguenze delle quali la legge pronunzia la nullità dell'atto, o accorda un'eccezione perentoria contro l'azione. Tutte le altre sono presunzioni semplici.

III. La presunzione assoluta non ammette la pruova contraria che in taluni casi indicati dalla legge; ma può eziandio, ove non riguardi un interesse pubblico, svanire innanzi al giuramento o alla confessione di colui a pro del quale esiste.

IV La presunzione legale semplice può essere combattuta con qualunque pruova contraria, e quindi con presunzioni di fatto. Errore del Toullier.

I. — Il primo comma di questo articolo presenta un'idea sì semplice che sembra non abbisognare di alcuno sviluppo; ma i nostri antichi dottori e con essi il Toullier, insegnano a tal riguardo una dottrina talmente falsa ed inesatta, che è indispensabile entrare in talune osservazioni a tal riguardo.

Le presunzioni legali (a capo delle quali rattrovasi la regola *res judicata veritas*, la presunzione di verità annessa alla sentenza, o l' *autorità di cosa giudicata*, ch' è stata spiegata all'articolo precedente), dispensano colui a pro del quale esistono, di provare altrimenti l'idea che la legge così stabilisce: dichiarando la legge stessa, per effetto della sua presunzione, che l'idea è vera, questa idea non à dunque bisogno di essere altrimenti giustificata, la presunzione legale essendo essa stessa uno dei mezzi di prova consacrati, egli è chiaro che non v'è bisogno di aggiungervi un'altra pruova, che non sarebbe se non un *bis in idem*.

Ma se quando voi invocate una presunzione legale, come pruova della verità della vostra allegazione, voi siete dispensato di provare altrimenti siffatta allegazione, è al certo ben evidente, tutto che il Toullier e i dottori ch' ci prende a guida non l'abbiamo capito, che voi non siete egualmente dispensato, ma che al contrario siete tenuto anzi tutto a provare l'esistenza a pro vostro della presunzione che invocate. La presunzione, dice il nostro articolo, dispensa da ogni pruova *colui a pro del quale essa esiste*, quando dunque avrete provato, che la presunzione esiste per voi, sarete dispensato di ricorrere ad un' altra pruova. Così, il possessore a pro del quale la prescrizione è riconosciuta esistere, non à altrimenti a provare ch'è proprietario del bene; chè, sol per ciò v'à prescrizione, la legge presume che colui che oggi reclama, non à mai avuto diritto, o v'à rinunziato, e dichiara in conseguenza che il tal fondo appartiene al possessore. Ma se il reclamante invece di riconoscere che vi è prescrizione, sostiene al contrario che questa prescrizione non esiste, che le circostanze richieste dalla legge per operare siffatta prescrizione non si rinvengono nella specie, egli è ben chiaro che bisognerà dibattere pria di tutto questa quistione, ed è ben chiaro altresì, (poichè ogni pretensione debb'essere giustificata da colui che l'agita) che non ispetterà a colui che nega la presunzione il provare ch'essa non esiste, ma a colui che vuole stabilire il suo dritto mediante un tal mezzo, di provare che esiste.

A queste idee, al certo semplici, antichi dottori e con essi il Toullier (X, n. 57-59) àn sostituito una dottrina bizzarra e falsa oltre ogni dire: essi pretendono, che si è voler far pruova contro una presunzione il dire che essa non esiste; che perciò una tale pruova, perfettamente permessa per le sem-

(1) 23 giugno 1845; Dev. e Car. 43, II, 337.

plici presunzioni *juris*, trovasi vietata per massima nelle presunzioni *juris et de jure*, ove la pruova contraria non è autorizzata; indi dopo aver creato questo principio immaginario, decidono non pertanto, che questa pruova è ammessibile per *eccezione*, e perchè *è sempre permesso di difendersi!* »..

Qual guazzabuglio d'idee! e quanto è penoso vedere ergere così a regole della scienza delle proposizioni che urtano violentemente col buon senso! E prima di tutto come sarebbe egli provare *contro la presunzione* lo stabilire che questa presunzione *punto non esiste*? Non si può evidentemente combattere una presunzione che quando questa esiste...E se vi fosse una prova diretta contro la presunzione, in qual modo questa pruova, allorchè è vietata in principio, sarebbe permessa per eccezione? Dove trovasi scritta questa eccezione?... Ci vien detto che questa pretesa eccezione al preteso principio risulta, dacchè « è *sempre permesso di difendersi*! »... Ma niente affatto, non è permesso di difendersi che quando possonsi impiegare in propria difesa i mezzi autorizzati dalla legge. Se fosse sempre permesso di difendersi, e che questo permesso implicasse così eccezione ai principii della legge, io potrei pure, dopo che la presunzione *juris et de jure* fosse stabilita, combatterne le conseguenze, io potrei pure, anche al di là di 150 fr. e senza principio di pruova per iscritto, ricorrere alla pruova testimoniale per mia difesa; il dritto di difesa sarebbe così eccezione a tutt'i principii che proibiscono tale o tale altro genere di prova, e questi principii non riceverebbero applicazione che pel solo attore... Oltre questa confusione, da cui la mente non può più trarsi fuora, la dottrina dei dottori e del Toullier avrebbe ancora nella pratica questa illegale conseguenza, che il convenuto potrebbe provare che la presunzione non esiste, mentre che all'attore riguardo alla pretensione che ei fonda sulla presunzione) spetta di provare ch'essa esiste, come più sopra si è veduto...

Lasciamo dunque queste idee del Toullier, dell'Alciato, del Menochio, del Bartolo, ed'altri, per ritornare alla ragione, e atteniamoci a questa regola del nostro articolo: che colui solo è dispensato di far pruova, a pro del quale *la presunzione esiste*; il che lascia sottomesso al dritto comune il dibattimento sul punto di sapere se questa presunzione esiste oppur no.

II. — Il secondo comma del nostro articolo senza riprodurre le denominazioni semi barbare (ma generalmente impiegate, e di cui perciò facciamo uso noi stessi) di presunzioni *juris tantum* e di presunzioni *juris et de jura*, consacra le idee che con ciò si è convenuto esprimere; poichè distingue fra le presunzioni generali legali, quelle di cui si può arrestar lo effetto, provando che la presunzione conduce al falso in tal caso particolare, poi quella di cui non si può mai combattere così l'esattezza, e di cui l'effetto è invincibile.

Quali sono le presunzioni il cui effetto non può essere evitato, di cui non è mai permesso provare l'inesattezza, e che costituiscono così le presunzioni chiamate *juris et de jura*, o presunzioni assolute in opposizione alle presunzioni semplici, o *juris tantum*? Esse sono, dice il testo, quelle sul cui fondamento la legge ammette certi atti, o niega l'azione in giudizio.—Così quando la legge dichiara un atto nullo, perchè secondo la natura di questo atto, essa lo suppone fatto in frode delle sue disposizioni, non è permesso di provare, che questa disposizione cade nel falso nel caso particolare in cui uno si trova. Per esempio; gli art. 911 e 1099-1100 dichiarando *nulla*, come presunta fatta ad una persona legalmente incapace di ricevere, qualunque donazione che si dirige ostensibilmente al conjuge o al tale parente della persona, non sarebbe giammai permesso di provare che in tale caso particolare la donazione si dirigesse realmente al donatario ostensibile, e non al suo conjuge o parente incapace di ricevere. Del pari l'art. 918 dichiarando, che ogni vendita fatta ad uno dei successibili in linea retta, senza il concorso degli altri e con riserva di usufrutto o a fondo perduto, è *nulla* come tale a pro dei successibili che non vi ànno acconsentito, perchè si presume non essere che una donazione, non sarà mai permesso di provare che l'atto è davvero una vendita. Non è già certamente che queste presunzioni della legge non possono talvolta essere in fallo; ma il legislatore per colpire più sicuramente la frode in un caso in cui a lui sembrava più a temersi, ha preferito un annullamento assoluto ad un sistema, il quale, più giusto in apparenza, avrebbe lasciato ad una tale frode qualche probabilità di trionfo con mezzi di pruova abilmente combinati. — Così ancora ed in ultimo luogo, la pruova della inesattezza della presunzione non è possibile, allorchè la legge, in conseguenza di questa presunzione, ricusa l'azione in giudizio ad una persona, vale a dire permette all'avversario di lei di respingere la sua azione mercè un fine di non ricevere fondato sulla presunzione. Egli è perciò che la domanda sulla quale si è già deciso, e che fosse suscitata una seconda volta, potendo essere allontanata dall'eccezione di cosa giudicata, secondo le spiegazioni date all'articolo precedente, la presunzione di verità della cosa giudicata è una presunzione *juris et de jure*, di cui non è permesso provare la falsità nel tale o tal altro caso; parimenti poichè la prescri-

ziono permette a colui che à prescritto di non lasciar discutere la realtà del suo diritto di proprietà o della liberazione del debito, e di respingere l'avversario con queste sole parole « *ho prescritto* » la presunzione di proprietà o d'inesistenza del debito, che la legge ferma in tal caso, è ancora una presunzione assoluta, una presunzione *juris et de jure*.

III.—Alla regola che niuna pruova è ammessibile contro una presunzione, allorchè, sul fondamento di essa, àvvi dichiarazione legale di nullità di un atto, o impossibilità legale di discutere la quistione in giudizio, il nostro articolo indica due eccezioni: 1°. il caso di una riserva, espressamente accordata dalla legge, della pruova contraria; 2°. il caso del giuramento o della confessione giudiziaria.

Ed in prima la pruova contraria ad una presunzione che è assoluta nei casi ordinarii può essere permessa eccezionalmente nel tal caso speciale, o sotto la tale condizione particolare. Così la presunzione di paternità del marito, la quale per regola generale non permette a costui di discutere in giudizio la filiazione dei figli nati da sua moglie, può non pertanto, giusta la riserba espressa degli art. 312 e 313, combattersi nelle circostanze particolari indicate da tali articoli. Si può del pari riguardare la facoltà accordata dal secondo comma dell'art. 2279 di revindicare, nel caso particolare di perdita o di furto, il mobile posseduto da un terzo in buona fede, e provare che si è proprietario di esso, come una pruova eccezionalmente ammessa contro la presunzione generale, sul fondamento della quale il primo comma del detto art. 2279 dichiara il possessore del mobile proprietario per l'effetto immediato del suo possesso, e rende così non ricevibile qualunque azione del precedente proprietario. Del resto se qui rinvengonsi taluni casi in cui è riserbata la pruova contraria contro una presunzione, la quale fa ricusare l'azione in giudizio, non se ne trova alcuno in cui lo sia contro una presunzione traente seco dichiarazione di nullità dell'atto.

Egli è ben lungi, che la seconda eccezione sia tanto semplice a comprendersi, ed essa è stata interpretata in due modi ben differenti. Secondo l'opinione di parecchi giureconsulti, l'eccezione qui consisterebbe, in che il giuramento e la confessione giudiziaria sarebbero esse stesse, nella mente dei redattori, delle presunzioni legali, presunzioni contro le quali la pruova contraria verrebbe ammessa, anche quando non è formalmente riserbata dalla legge. Quindi sotto tal rapporto l'articolo vorrebbe significare: le presunzioni per effetto delle quali la legge annulla un atto o permette di respingere l'azione in giudizio, non ammettono pruova contraria, tranne non pertanto il giuramento e la confessione giudiziaria, contro i quali questa pruova contraria rimane possibile. Giusta la seconda opinione al contrario, il giuramento e la confessione non sono considerati come presunzioni legali, e l'eccezione consiste non già, in che il giuramento e la confessione possono combattersi con una pruova contraria, ma sibbene in che si può combattere la presunzioni legali col giuramento e con la confessione. Questo secondo sistema che è quello del Demante (II,841) del Bonnier (n.668) e dello Zachar. (V,p.593) sembraci il solo ammessibile...Senzadubbio non potrebbe arrecar maraviglia il vedere, che i redattori abbian qui preso il giuramento e la confessione come presunzioni legali (tutto che nol siano) poichè l'àn di già fatto all'art.1350-4°; questa seconda inesattezza non sarebbe che una conseguenza ben naturale della prima. Ma sembraci non pertanto impossibile il credere, che tale sia stata la loro idea. Difficile a spiegarsi per la confessione, questa idea trovasi assolutamente impossibile pel giuramento, che trovasi non pertanto indicato in prima linea; chè il giuramento non ammette mai la pruova contraria (art. 1363); ove troverebbesi, in quanto al giuramento, quel che il nostro articolo ci annunzia *doversi dire* più oltre, come formante eccezione alla nostra regola della impossibilità della pruova contraria? Questa impossibilità ben lungi dall'essere contraddetta nel § del giuramento decisorio (art. 1358 — 1365) vi si troverebbe al contrario confermata!

Nel secondo sistema all'opposto, e quando si considera il giuramento e la confessione giudiziaria, non già come presunzioni assolute, ma come mezzi di combattere eccezionalmente queste presunzioni assolute, le parole *salvo quanto si dirà* fanno naturalmente allusione all'art. 1358 pel giuramento, ed all'artic. 1356 per la confessione, ed il confronto di questi tre art. 1352, 1356 e 1358 vuol dir così: Le presunzioni *juris et de jure* non ammettono la pruova contraria che nei casi in cui essa è specialmente riserbata dalla legge, ma inoltre possono ancora trovarsi distrutte dalla confessione o dal giuramento (art. 1352); la confessione in fatti fa *piena fede* assolutamente senza distinzione nè restrizione contro la parte che l'à fatta, tanto allorchè questa parte trovavasi protetta da una presunzione *juris et de jure*, quanto in tutt'altro caso (art. 1356 - 2°.) ed a sua volta il giuramento decisorio è utilmente deferito su di ogni contestazione, in qualunque circostanza e ad onta dell'esistenza di questa presunzione *juris et de jure* (art. 1358)...

E di fermo perchè, non lasciar qui tutta la forza al giuramento ed alla confessione, per-

chè non sono precisamente semplici pruove ordinarie e dirette contro l' avversario, ma mezzi che lasciano la soluzione delle difficoltà alla coscienza, al libero arbitrio di questo avversario; di tal che se una presunzione *juris et de jure* trovasi divenire inefficace in tal caso, ciò avverrà perchè sarà stata infranta non da colui al quale la si opponeva, ma da quello stesso a solo beneficio del quale era stabilita, e che volontariamente l'ha riconosciuta inesatta.

Diciamo da colui *a solo beneficio* del quale era stabilita, dappoichè se si concepisce benissimo che la legge abbandona, quando voi stesso la dichiarate falsa, la presunzione ch'essa aveva stabilita pel solo vostro interesse privato, non si comprenderebbe poi, perchè lascerebbe egualmente senza effetto quella, stabilita in uno scopo d'interesse generale e d'ordine pubblico, come è in prima linea la presunzione di verità della cosa giudicata. Adunque per questa distinzione fra il caso in cui la presunzione riguarda l'interesse generale, e quello in cui essa non concerne che l'interesse privato della persona, si dovrà decidere se il giuramento e la confessione possono opporsi, fare svanire la presunzione *juris et de jure*.

IV.—In quanto alle presunzioni *juris tantum* cioè a dire quelle che non traggono seco nè dichiarazione testuale di nullità degli atti, nè eccezione perentoria contro l'azione giudiziaria, esse posson sempre esser combattute con una prova contraria; e siccome la legge non limita in alcun luogo i mezzi di prova ammessibili in questo caso, ne segue ch'esse possono essere combattute con tutti i mezzi, pure con semplici presunzioni di fatto, e con una prova di un altro genere.

Il Toullier nondimeno insegna il contrario: Egli pretende (X-63) che, se la semplice presunzione di fatto può essere sempre combattuta nell' animo del magistrato da un' altra presunzione di fatto, perchè questo magistrato essendo padrone di rigettarla, è anche padrone di preferirgliene un' altra, ben altrimentiè però della presunzione legale, perchè il magistrato è obbligato a rispettarla; e cita, in appoggio della sua decisione, d'Aguesseau, *Voët*, e il considerando di un arresto di cassazione del 5 gennaio 1810. Ma havvi qui profonda inesattezza, ed in ciò che riguarda le autorità all' appoggio della decisione, e nell'argomento che motiva questa decisione. E dapprima, l'arresto del 1810 dice soltanto, che la presunzione di dritto non può essere distrutta con presunzioni *non autorizzate dalla legge e puramente arbitrarie*, e rimprovera all' arresto impugnato di « non aver opposto alla presunzione legale che delle *frivole congetture, insignificanti, e smentite tutte* dalle circostanze della causa ». L' art. 1353 non permettendo di ammettere le presunzioni non legali, che sotto la condizione che saranno *gravi, precise e concordanti*, gli è chiaro che delle congetture *frivole, insignificanti, e d' altronde smentite da fatti* non sono delle presunzioni *autorizzate* dalla legge: queste congetture sono da rigettarsi non solamente quando si tratta di combattere una presunzione legale, ma in tutt'altra circostanza. — Il passaggio di Voët non è più concludente; poichè egli insegna, non già che il giudice non può attingere nelle presunzioni di fatto la prova della inesattezza particolare di una presunzione *juris*, quando questa pruova contraria è permessa, ma che questo giudice, il quale a suo talento può rigettare le presunzioni di fatto, perch' egli è sovrano in ogni quistione di fatto, non ha più questo potere assoluto nella presunzione *juris*, perchè essa costituisce una regola di dritto: « Come la presunzione *juris*, ei dice, viene dal dritto stesso, e che il giudice à bene in suo potere le quistioni di fatto, ma non i comandamenti del dritto, *ne segue che questa presunzione è indipendente dal valore che le dà il giudice;* » *Iuris praesuntio... cum ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis, facti quidem quaestio sit, non juris auctoritas*, CONSEQUENS EST EAM AB ARBITRIO IUDICIS NON PENDERE ». Egli è vero che nel mezzo della sua spiegazione e nell'indicare i caratteri della presunzione legale, ei dice, ch'essa è tenuta per vera, finchè non è rovesciata, *probatione aut praesumptione contraria fortiore;* ma si guarda bene dal dire, che questa presunzione contraria e più forte debba essere pure una presunzione *juris*, e lo ripetiamo, l' oggetto ed il risultato di questa spiegazione è unicamente il dire, che la presunzione *juris* ha il effetto indipendentemente dalla valutazione che il giudice ne fa. *Consequens est eam ab arbitrio judicis non pendere*. Ciò, come ben si vede, esclude insieme e la pretesa autorità del Voet, e l' argomento ad appoggio del quale essa è invocata.—Infine il passaggio del d'Aguesseau è citato, s' egli è possibile, anche meno a proposito. Il celebre magistrato dice bene nel suo 23 discorso che « la presunzione capace di distruggere *quella della legge* debbe essere scritta nelle leggo e fondata su di un principio infallibile: » ma questa *presunzione della legge*, che il d'Aguesseau dice non poter essere rovesciata se non da qualche cosa infallibile, non è, come il Toullier fa credere, qualunque presunzione legale, ma bensì una presunzione *juris et de jure*, mentre noi non parliamo qui che di semplici presunzioni *juris*; e meglio ancora, il d'Aguesseau non parla di qualunque presunzione *juris et de jure*, ma unicamente e specialmente della presunzione di paternità del marito in faccia ai figli che sua

moglie partorisce. Dopo avere insistito sulla potenza di questa presunzione di paternità, ed aver aggiunto ch'essa comporta nondimeno qualche volta una pruova contraria, ei dice: « Ma quale è la pruova che il dritto permette che le venga opposta? » ... Qui segue la risposta che il Toullier riproduce (torcendola dal suo vero senso, poichè egli generalizza una idea rigorosamente speciale), dopo di che il d'Aguesseau continua: « Non si possono trovare che due eccezioni alla regola generale, fondate entrambe di una impossibilità fisica o certa. Non havvi dunque che due pruove contrarie possibili ad opporre a questa presunzione: la lunga assenza del marito, l'impotenza... ». Come dunque il Toullier ha potuto invocare un simile passaggio? Come non ha egli veduto che tutto quello che è profondamente vero per la presunzione assoluta di paternità del marito, sarebbe profondamente falso, se si applicasse a qualunque presunzione assoluta, e anche di più per le presunzioni semplici? Come non ha egli compreso che le linee ch'ei cita troncando le parole del d'Aguesseau, e snaturandone il pensiero, bastano esse sole a dimostrare, che si tratta di una idea vera in un caso particolare, ma che sarebbe falsa come regola generale? Queste poche linee in fatti, dicono che la presunzione non potrà cadere che innanzi a qualche cosa d'*infallibile*! A questa sola parola il Toullier avrebbe dovuto accorgersi ch'egli era nel falso: poichè se la presunzione di paternità non può cadere che con una pruova *infallibile*, con la constatazione dell'impossibilità di coabitazione, egli è ben chiaro, che non sempre è così, e che questa esigenza dell'infallibilità della pruova non potrebbe essere generalizzata. La citazione, quale il Toullier l'ha fatta, provava troppo, e quindi nulla provava; poichè essa significherebbe che, non solamente la presunzione legale *juris tantum* non può essere combattuta con presunzioni di fatto, ma che non può esserlo neppure; nè con altre presunzioni legali, nè anche con la maggior parte delle prove positive e dirette, ma soltanto con quelle, fra queste pruove (rarissime al certo) le quali danno un risultato in*fallibilmente* certo!

In riassunto, il Toullier ha qui confuso due quistioni che bisogna distinguere accuratamente: 1° Il giudice può egli respingere la presunzione *juris*, senza che alcuna pruova sia diretta contro di essa, sol perchè non la trova concludente, ed a lui sembra contraria alle regole della ragione o ai dati della esperienza? Qui si risponde di *no*, poichè per parte del giudice sarebbe un sostituire la sua ragione alla ragione della legge, e la presunzione *juris* costituendo una regola di dritto e non un punto di fatto, *ab arbitrio judicis non pendet*; 2° Il giudice può egli, come mezzi di pruova contro una presunzione *juris*, come elementi che debbono convincerlo che questa presunzione *juris* legalmente vera in generale trovasi inesatta in tal caso particolare, ammettere delle presunzioni di fatto? Bisogna dire di sì, poichè la presunzione *juris* ammette la prova contraria, senza distinzione del genere di questa pruova, e che le presunzioni di fatto formano una delle classi di pruova ammesse dal Codice. — E ciò che noi qui diciamo della presunzione *juris* si applica pure evidentemente alla presunzione *juris et de jure* ne' casi eccezionali, ne' quali la legge ammette contro di essa, non tal genere particolare di pruova, ma qualunque pruova indeterminatamente contraria.

§ 2.

Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.

1353 [1307] Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono lasciate alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti, e nel caso unicamente in cui la legge ammetta la prova testimoniale, quando però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.

SOMMARIO.

I. Grande importanza di questo articolo che erge in pruova legale la semplice probabilità. — Le tre qualità ch'esso esige per le presunzioni si riassumono nella prima, e una sola presunzione basta, se è grave abbastanza. Errore del Toullier. La valutazione della gravità è d'altronde abbandonata al giudice del fatto. Ma non è così della proibizione di ammettere la presunzione, quando la prova testimoniale non è ammessa.

II. Cattiva redazione dell'ultima parte dell'articolo che farebbe credere che la pruova testimoniale non fosse sempre ammessa in caso di frode.

I. — Questa disposizione è della più alta importanza; è una di quelle che bisogna profondamente scolpirsi nello intelletto, per non perderla mai di vista. La sua portata infatti è immensa, poichè essa erge a pruova legale per tutti i casi, in cui la prova testimoniale è ammissibile, le semplici congetture del magistrato, le semplici probabilità che le deposizioni dei testimoni, o le diverse circostanze possono far nascere nella sua mente... Quando si dice, che colui il quale solleva una pretensione, sia da attore, sia da convenuto, non può vederla trionfare che a condizione

di doverla provare, questa proposizione in caso di ammissibilità della proova testimoniale, è ben lungi dall'avere il senso rigoroso che naturalmente siamo inclinati a darle, poichè altro non vuol dire che questo litigante riuscirà, s' egli arriva, sia facendo sentire dei testimoni, sia argomentando da tal fatto, o da tale circostanza, a rendere soltanto probabile nel pensiero del giudice la verità della sua allegazione.

Sicchè è ben vero, che voi dovete fornire la pruova della vostra pretensione, ma non dimentichiamo che, nel significato della legge, la prova si riduce sovente ad una semplice verosimiglianza, ad una pura probabilità.

L'articolo ne dice, che il giudice non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti: ma per la forza stessa delle cose, questa proposizione, le cui tre qualificazioni si riassumono definitivamente nella prima, e che piuttosto è una raccomandazione di fatto che un precetto di dritto, non ha e non può avere la severità che sembra presentare a primo aspetto.

E dapprima non sembra dubbio, malgrado le lunghe spiegazioni con le quali il Toullier (X, 20-22) si sforza di stabilire il contrario, che una concordanza di presunzioni non potrebbesi esigere; senza dubbio, se vi sono molte presunzioni, sarà pur bene ch'esse sieno concordanti; ma se non ve ne fosse che una, il che spesso succederà, la concordanza sarà ben impossibile, e siccome può nondimeno darsi, che una sola presunzione abbia molto maggior gravità di molte altre riunite e concordanti fra esse, sarebbe contradittorio che il giudice potesse decidersi col mezzo di molte presunzioni, la cui unione e concordanza arriva a un certo grado di gravità, e non potesse farlo col mezzo di un'altra presunzione la quale, benchè isolata, presentasse nondimeno una gravità molto più grande. Che venisse richiesto il concorso di molte presunzioni, quando si esigeva per la pruova testimoniale il concorso di molti testimoni, era naturalissimo; ma oggidì che la regola *testis unus, testis nullus*, è la Dio mercè scomparsa dalle nostre leggi, oggi che le prove testimoniali debbono pesarsi, e non contarsi, non si vede in qual modo potrebbe essere altrimenti per le presunzioni, e non si può riguardare la parola *concordanti* che come la riproduzione inconsiderata di una idea divenuta inapplicabile. In ogni caso, il Toullier cade in un singolare errore, quando dice (n. 20) che è questa una idea nuova, introdotta dal nostro legislatore come un progresso che la saggezza reclamava; poichè questa idea la quale altra volta presentavano il Danty (su *Boic*, cap. 7, § 62) e lo stesso Pothier (n. 816) è al contrario una di quelle vecchie massime, di cui il tempo ha fatto giustizia e che necessariamente cade con la regola *testis unus* di cui essa era la conseguenza.

E or non è forse evidente, che le due altre condizioni di gravità e di precisione si riducono a dire che le presunzioni, sia ch' esse consistono in un medesimo affare, sia che vogliansi considerare isolatamente, debbono essere *concludenti* e non talmente vaghe e leggiere da non poterne indurre alcuna ragionevole probabilità?... La presunzione, o la riunione delle presunzioni deve essere abbastanza grave, potente abbastanza per generare la probabilità. Ecco il solo senso possibile della legge; e siccome il grado di gravità è un punto che non potrebbesi stabilire, e apporvi, per così dire, un numero, nè in una regola generale, nè molto meno in ciascun degli oggetti a'quali si tratterebbe di applicare questa regola, egli è palpabile, che vi è una quistione di fatto, una valutazione di circostanze, forzosamente abbandonata alla coscienza del giudice. È dunque questo un punto che non può dar luogo ad una violazione della legge, nè tampoco quindi, ad un ricorso in cassazione. Questa verità, con la quale ci sembra poco di accordo una parte dei motivi dell' arresto di cassazione del 10 gennaio 1810, citato sotto l'articolo precedente, è riconosciuta non pur da arresti formali della Corte suprema, ma sì ben dagli autori (1).

Altrimenti è, ben inteso, della regola che vieta di ammettere le presunzioni dell'uomo, nel caso in cui la legge non ammette la proova testimoniale. È questa evidentemente una regola di dritto, non già un punto di fatto, ed una decisione della corte di Mompellieri, che aveva sconosciuta questa regola fu a ragione cassata dalla Corte suprema (2).

II. — Il nostro articolo dice, che le presunzioni dell'uomo non sono ammessibili che nel caso in cui la legge ammette la pruova testimoniale, *a meno che* l'atto non sia impugnato per dolo, o frode. Se si accettasse come esatta tale redazione vorrebbe significar che il caso di frode rende ammessibili le presunzioni, anche quando la pruova testimoniale non lo è, il che supporrebbe che la proova testimoniale non è ammessa in caso di frode. Bisogna ben guardarsi da un tale errore, e riconoscere, che la fine dell' articolo è mal redatta.

(1) Duranton (XIII-532) Bonnier (n. 644) Zachariae (V, p. 755); Rig. 27 apr. 1830; Rig 1 febbraio 1832; Rig. 20 dicembre 1832 (Dev. 30, 1 186; 32, 1, 139, 33 1, 344).

(2) Mompellieri 31maggio 1814; cass. 1 maggio 1815.

Ed in prima, poichè la frode può sempre provarsi, giusta il nostro articolo, con semplici presunzioni di fatto, ciò sarebbe già sufficiente per dire che può eziandio e con più forte ragione provarsi per via di testimoni; chè se si può stabilirla con una semplice probabilità, *a fortiori* devesi poterlo con una pruova positiva e propriamente detta. Ma lasciando da banda questo argomento, il punto, tutto che contestato, non è daddovero contestabile, poichè l'art. 1348 ammette la pruova testimoniale, in tutti i casi in cui non si è potuto procurare una pruova scritta, e la frode è precisamente uno di tali casi. In fine se potessero rimaner dubbii su questa verità e sulla disattenzione che à causato la viziosa redazione del nostro testo, essi sparirebbero alla sola lettura dei lavori preparatori; chè fu nettamente spiegato e dall' oratore del Governo e da quello del Tribunato, che la frode può sempre provarsi per via di testimonii. « Debbesi osservare, diceva il primo, » che questa esclusione della pruova testimo- » niale *non si estende nè al caso di frode*, » nè... » Il secondo diceva a sua volta: « La » frode e il dolo non si presumono, ma co- » lui che li allega dev' essere ammesso *a* » *provarlo con testimonii*. Chè, se la frode non » si presume, coloro che la commettono non » mancano d'impiegare tutti i mezzi per celar- » la. La morale pubblica esige dunque *che la* » *pruova testimoniale sia ammessa in tale ma-* » *teria* ».

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE DELLA PARTE.

1354 [1308]. La confessione che si oppone contro una parte è stragiudiziale o giudiziale.

1355 [1309]. È inutile l' allegazione d'una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qualvolta si tratti d'una domanda di cui la prova testimoniale non sia ammissibile.

1356 [1310]. La confessione giudiziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il procuratore speciale.

Essa fa piena prova contro colui che l' ha fatta.

Non può essere divisa in di lui pregiudizio.

Non può rivocarsi, quando non si provi, ch' essa fu la conseguenza d' un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto d'un errore di diritto.

SOMMARIO

I. La confessione e il giuramento sono pruove, anzi pruove molto energiche, e non già semplici presunzioni. Dottrina dello Zachariae, critica dell' art. 1350.

II. Definizione della confessione. È giudiziale, o stragiudiziale. Condizioni, effetti e retrattazione della confessione giudiziaria.

III. Della confessione stragiudiziale.

I. — Se possonsi accettare come pruove le deposizioni dei testimonii, cioè a dire le dichiarazioni fatte da terzi su i punti che dividono due parti, a più forte ragione, debbonsi prendere come tali le dichiarazioni fatte da una delle due parti stesse a prò dell'altra, purchè esse riuniscano le desiderabili garenzie di sincerità.

Lo Zachariae critica il Codice per avere ammesso la confessione nel novero delle pruove, e pretende essere contrario alla logica (V, p. 598) il considerare come una pruova la confessione che fa una delle parti, perchè la confessione, ei dice, ha per conseguenza di dispensare di ogni pruova, e di togliere al giudice il potere di esigerne una. Ma che cosa vuol dire questo argomento?... Quando ho fatto sentire di testimonii di cui le desposizioni stabiliscono nettamente la mia allegazione, non sono io perciò dispensato di provarla altrimenti?... Quando io produco uno scritto che riunisce tutte le condizioni volute e che constata pienamente la giustezza della mia pretensione, forse che il giudice può domandarmi altra prova? Si dirà perciò che la prova testimoniale non è una prova, e che degli scritti non sono delle pruove?... Se io sono dispensato di provare altrimenti la mia pretensione, quando la confessione stessa dell' avversario la giustifica, è precisamente perchè questa pretensione si trova provata col mezzo della confessione; perchè la confessione è una pruova e la più forte di tutte, perciò pure la legge (art. 1356) dichiara che essa fa piena fede, quindi il giudice non può domandare nulla di più. Provare, non è forse procurare la giustificazione di ciò che si asserisce? E poichè la confessione che il mio avversario fa di questa verità ne è la giustificazione, è dunque una pruova. Anche i nostri antichi autori, ben lungi dall' escludere la confessione dalla classe delle pruove, la chiamavano invece la prova più probante, *probatio probantissima*.

Ed è lo stesso delle presunzioni legali, all' occasione delle quali lo Zachariae (p. 581) ha egualmente rigettata la classificazione del Codice. Da poichè queste presunzioni

sono, per colui che le invoca de' mezzi onde stabilire legalmente la verità di quanto egli allega, esse costituiscono dunque delle pruove legali. Laonde, non havvi alcuna necessità di allontanarsi in tutto questo dalla via tenuta e dalle denominazioni adottate dai redattori, e che erano pur quelle del Pothier. La redazione del codice offre al certo già troppi vizi serii da rilevarsi, senza che si vada a rimproverargliene del genere di questi.

Fra siffatti serii vizii di redazione, noi abbiamo già indicato quello dell' articolo 1350-4°, il quale alloga la confessione e il giuramento fra le presunzioni legali: abbiamo già detto non esser queste delle pruove di semplice presunzione, ma delle pruove propriamente dette, anche più forti delle altre...Potrà dirsi che la confessione è una *presunzione*, perchè la pruova risulta qui, dacchè la legge *presume* la confessione conforme alla verità? Ma da una banda, se la confessione non fosse la presunzione, no sarebbe soltanto la base, sarebbe la circostanza che servirebbe di punto di partenza a questa presunzione, come il matrimonio di un uomo con la donna testè partorita è il fondamento della presunzione della paternità di questo uomo: la confessione non sarebbe tampoco una presunzione in un caso, come il matrimonio non è una presunzione nell'altro. Da un' altra banda, se la confessione divenisse una presunzione, perchè si presume essere l' espressione della verità, la pruova testimoniale, la quale solo è probante, perchè si presume egualmente l'espressione della verità, sarebbe dunque del pari una presunzione; e gli scritti, i quali pure non sono probanti se non perchè si presume che essi contengano la verità, non sarebbero altro che presunzioni! In questo sistema tutto sarebbe presunzione, e non bisognerebbe più parlare di pruova... Senza dubbio non si giungerà, nelle materie giuridiche, alla assoluta certezza, alla dimostrazione rigorosa che danno gli esperimenti nelle scienze fisiche, e molto più i calcoli nelle matematiche. Ma bisogna ben prendere le cose quali sono e contentarsi della natura di pruove di cui son suscettive: or qui chiamansi *pruove* le induzioni che menano ad una convenzione e fan nascere una certezza morale, mentre che si riserba il nome di *presunzioni* a quelle che producono una semplice probabilità.

A fronte dunque della contraddizione che presentano i due articoli 1316, e 1350-4° bisogna attenersi all' idea del primo; idea riprodotta per altro dagli articoli cui giungeremo, i quali, invece di trattare della confessione e del giuramento nelle suddivisioni della sezione delle presunzioni, ne fanno due sezioni speciali. È dunque dire che la confessione e il giuramento formano pruove, non cacciate qui in fine della materia, se non perchè sono meno frequenti, meno usitate, essendo raro che si giunga fino ad esse.

II. — In generale chiamasi Confessione ogni riconoscimento fatto da una persona della verità dell' allegazione quale che sia contro di lei diretta; ma or ora vedremo che questa parola, nella legge, non ha sì larga eccezione, e qui presenta un senso più preciso e più ristretto.

Ed in prima non può esservi confessione nel senso della legge, se non nel riconoscimento avente per oggetto un fatto, non già in quello vertente su di un punto di dritto; chè la dichiarazione di una persona, che la tale regola legale debba intendersi in tal maniera, non potrebbe in alcun modo mutarne il senso e la portata. Siffatta dichiarazione prova tale essere l' opinione del litigante sul senso della regola; ma siccome essa non deve applicarsi giusta l' opinione del litigante, la dichiarazione da lui fatta a tal riguardo non potrebbe divenire una pruova, nè impedire che la quistione di dritto sia discussa. Ciò è stato riconosciuto da un arresto della corte suprema del dì 8 agosto 1808.

La dichiarazione deve dunque aggirarsi su di un fatto; ma è uopo inoltre per costituire la confessione e far così una pruova irrefragabile, che tale dichiarazione sia fatta con riflessione, con cognizion di causa e col pensiero che dovrà dispensare l'avversario da ogni altra prova sul fatto di che trattasi; non potrebbonsi credere legale confessione, riconoscimento che rende certo e costante un fatto, le proposizioni che una parte ha potuto lasciarsi sfuggire più o meno leggermente, e se tali proposizioni possono ben divenire argomenti più o meno potenti che contribuiranno a stabilire la verità del fatto, o se possono anche da sè sole dar luogo a presunzioni dell'uomo, ed ingenerare la probabilità di cui abbiamo parlato all'art. 1353, esse non possono essere una prova rigorosa e costituir la confessione. Del resto spetta al giudice di fatto, come ben si comprende, il valutare le circostanze nelle quali è avvenuta la dichiarazione che pretendesi formare legale confessione. Questi punti sono egualmente consacrati dalla Corte Suprema (1).

La confessione deve dunque definirsi, la dichiarazione, mercè la quale una persona riconosce positivamente un fatto da doversi tenere per avverato rispetto a lei.

(1) Rig. 3 giug. 1829; Rig. 23 febb. 1836; (Dev. e Car 36, 1, 603).

La confessione è semplice, quando presenta, senza modifiche nè addizioni, il riconoscimento del fatto allegato; è complessiva quando non presenta il riconoscimento del fatto allegato se non facendolo seguire da altri fatti che lo modificano, o ne alterano o ne distruggono le conseguenze. In quest'ultimo caso, colui che vuol servirsi della confessione può forse scindere la dichiarazione per prendervi il fatto principale di cui à bisogno, e non tenere alcun conto degli altri? Berruyer, Henrys, Voet, Merlin ed altri autori ànno molto a lungo trattato questa quistione; che tutti si accordano oggigiorno a risolvere con una distinzione ben semplice.

La confessione è indivisibile; deve necessariamente esser presa nel suo insieme, allorchè il fatto che presenta, a fronte di quello allegato dalla parte avversa, trovasi aver con essa un intimo rapporto, una connessione tutta naturale. Così, quando il portatore di un biglietto, mentre riconosce che la causa che vi si trova indicata non è reale, afferma che questo biglietto à tal'altra causa, la sua dichiarazione non potrebbe scindersi e l' avversario non può farsi discaricare dalla necessità di pagare tale biglietto che provando, fuori della confessione, che il preteso credito non si fonda nè sulla causa indicata dal biglietto, nè su quella che indica il portatore; del pari quando il preteso debitore di una somma confessa che in effetti egli doveva tale somma, ma soggiungendo di averla pagata, non potrebbesi dividere il suo riconoscimento, e sol provando il debito in tutt'altro modo che con la confessione, l'attore porrebbe il convenuto nell'alternativa di pagare o di provare la sua liberazione. Questa regola, formalmente espressa nell'esposizione dei motivi e nel rapporto al Tribunato, è consacrata da numerosi arresti (1). Diciamo che colui, la cui pretesa non trovasi giustificata dalla confessione presa nel suo insieme, à sempre il dritto di stabilirla in tutt'altro modo che con questa confessione. È ben evidente in fatti, che non è un *dividere* la confessione l'abbandonarla *per intero*, per provare con altri mezzi; e non si comprende come siasi potuto impugnare innanzi la Corte suprema una decisione di corte di appello, come quella che aveva violato l'indivisibilità della confessione, allorchè questa decisione aveva trovata la pruova del fatto fuori della confessione fatta dalla parte. È inutile il dire che questo mezzo di cassazione fu rigettato, come doveva esserlo (2).

Al contrario la confessione, o per dir meglio *la dichiarazione* sarà perfettamente divisibile, se i due fatti di cui questa dichiarazione si compone, non hanno tra loro un intimo e naturale legame, e trovansi indipendenti l'uno dall' altro; come se, allorchè io pretendo avervi prestato 500 fr., voi riconoscete di averli ricevuti, soggiungendo che sono compensati da una egual somma che vi debbo per tale o tal'altra causa. In questo caso infatti, la seconda allegazione essendo indipendente dall'oggetto della confessione, è vero il dire, che questa allegazione non fa parte di tale confessione, la quale trovasi completa ed intera nella prima parte della dichiarazione, e che quindi non è un dividere la confessione il separare queste due allegazioni. Questo secondo punto è consacrato come il primo dalla giurisprudenza (3).

È ben chiaro inoltre, che se vi à parecchie confessioni vertenti su di oggetti distinti, nulla impedisce d' invocare una o più di tali confessioni, non tenendo alcun conto delle altre. Sembraci egualmente evidente, che il principio dell' indivisibilità della confessione in nulla si opponga, a che colui che invoca il fatto confessato provi (sia mercè presunzioni legali, sia con scritti, sia con testimonii, nel caso in cui la pruova testimoniale è ammessibile) la falsità delle dichiarazioni accessorie, con le quali l' avversario, nella sua confessione, à voluto modificare o distruggere le conseguenze di tal fatto; quando dicesi che la confessione è indivisibile, ciò vuol dire che questa confessione non può esser divisa a capriccio ed a talento dall'avversario, ma non già che sia assolutamente indivisibile; io non posso, prendendovi come provate le parti che mi sono favorevoli, respingere *per puro effetto della mia volontà* quelle che le contrariano, ma posso benissimo metterle da banda, *constatandone la inesattezza*, come voi dal vostro canto potete, dopo aver fatta la vostra confessione, distruggerlo, provando che è inesatto ed il risultato dell' errore. Questo punto è parimente riconosciuto dalla giurisprudenza (4).

Non abbiam bisogno di aggiungere, che il principio della piena fede della confessione soffre eccezione, e che la confessione rimane senza effetto: 1° quando questa confessione dovrebbe trar seco la perdita di un dritto, al quale non è permesso di rinunziare; 2° quando verte su fatti, di cui la legge vieta il riconoscimento; 3° quando si è in un caso

(1) Cass. 8. dicembre 1817; Cass. 30 agosto 1821; Cass. 4. dicembre 1827; Rig. 10 gennaio 1832; Rig. 6. novembre 1838; Rig. 8 giugno 1812 (Dev. 32, 1, 90; 43, 1, 892, 42, 1, 844).

(2) Rig. 21 maggio 1838 (Dev. e Car. 42, 1, 37)

(3) Rig. 14 gennaio 1824; Rig. 23 dicembre 1835; Douai 13 maggio 1836; Rig. 6 febbraio 1838 (Dev. e Car. 36, 2, 450; 38, 1, 108).

(4) Bourges 4 giug. 1825; Parigi 6 apr. 1829; Rig. 10 genn. 1832 (Dev., 32, 1, 90).

in cui qualche disposizione speciale della legge dichiara, che la confessione non farà pruova (V. art. 870 C. pr.).

Eccoci alla per fine alla ritrattazione della confessione giudiziaria. La forza probante di una confessione, checchè siasi potuto dire a tal riguardo, è evidentemente indipendente dall'accettazione dell'altra parte, e noi quindi ripetiamo come un errore l'opinione accreditata nella pratica ed ammessa pure da parecchi autori, segnatamente dal Bonnier (n. 249) e dal Ponjol (n. 21) che la confessione può per principio ritrattarsi finchè l'avversario non siasene fatto dare atto. Che può significare in fatto la riunione della mia volontà alla vostra sul punto di sapere, se il fatto allegato da me contro di voi è o pur no vero? Trattasi forse di un contratto? La verità o la falsità di un fatto si stabilisce forse con una convenzione, col consenso delle volontà?.. Voi riconoscete che questo fatto è vero: in ciò sta tutto, e la circostanza di avere o non avere io domandato atto del vostro riconoscimento non può fare, che un fatto vero divenga falso, come non potrebbe fare che un fatto falso divenisse vero. In vano il Bonnier fa notare che il Pothier definiva la confessione giudiziaria «la confessione che una parte fa innanzi il giudice, e di cui il giudice dà atto.» Questa osservazione si rivolge contro gli avversarii, poichè il Codice, i cui redattori avevano tale definizione sott'occhio, si guarda bene dal riprodurla, e ci dice nel primo comma dell'art. 1356, che la confessione giudiziaria che non esisteva, giusta il Pothier, che quando erasi dato atto della dichiarazione, si costituisce oggidì dalla *dichiarazione che fa la parte*, senza richiedersi altro. Ed ora questa confessione, che costituiscesi così senza alcuna condizione di accettazione, potrà forse rivocarsi, finchè questa accettazione non sarà intervenuta? no, chè la ragione e con essa il 4° comma dell'art. 1356 dicono, che la confessione non può rivocarsi che provandosene l'inesattezza. Or ripetiamolo, che cosa può influire, in quanto al vostro errore sul fatto confessato, la circostanza che io ne abbia o pur no domandato atto?... Gli è dunque con molta ragione che i nostri articoli nulla dicono di simile a quanto si dirà più oltre pel giuramento decisorio nell'art. 1364, e bisogna dire con Solon (agg. al saggio di Gabriel) e con Zachariae (V, p. 600) che il manco di accettazione dell'avversario non autorizza per nulla la ritrattazione della confessione; il che non toglie, ben inteso, che non sia utilissimo di domandare atto di tale confessione, affin di averne una regolare constatazione.

La confessione, come ora abbiam veduto, non può ritrattarsi, che quando colui che l'ha fatta, prova essere stato dal suo canto il risultato di un errore *di fatto*, e non potrebbe esserlo per errore *di dritto*. Che monta infatti, che voi abbiate saputo o ignorato che il fatto doveva trar seco tali conseguenze legali; e come mai potrebbesi cancellare la vostra confessione, sotto pretesto che voi ignoravate, che un tal fatto traeva seco tale obbligo per voi? dacchè questa confessione è esatta ed il fatto è vero, ecco tutto quel che fa di mestieri.

III. — Le regole da noi spiegate non essendo che l'espressione dei principii di ragione e di equità naturale, devesi riconoscere che, in massima, sono applicabili ad ogni specie di confessione. La confessione stragiudiziale dovrebbe dunque, del pari che la giudiziale, far pruova completa contro il suo autore, senza poter essere altrimenti ritrattata che nella giustifica di un errore di fatto, ma senza poter eziandio essere divisa dall'avversario. Ma da un'altra banda, siccome questa confessione stragiudiziale non interviene nelle solenni circostanze, che sì ben garentiscono l'esistenza delle condizioni, da cui dipende la sua efficacia, e che per tal ragione il legislatore non ha creduto dovere erigere queste idee a regole di dritto, ne segue che tutto è qui abbandonato alla valutazione del giudice del fatto. Qualunque sia la decisione che la sua coscienza gl'ispira su tale punto, potrà ben esservi un mal giudicato suscettibile di riforma in via di appello, ma non violazione delle disposizioni della legge: poichè essa non à voluto recare alcuna disposizione a tal riguardo. Così decide, ed a ragione la Corte di Cassazione (1).

La sola regola di dritto che il Codice stabilisce in ciò che riguarda la confessione stragiudiziale, regola che non è d'altronde se non una conseguenza dell'art. 1341, si è che, se questa confessione non è consacrata in iscritto, e che colui che la invoca, sia così ridotto a stabilirla con testimonii, questa pruova testimoniale della confessione non sarà possibile che sol quando il fatto formante l'oggetto della confessione potesse esso stesso direttamente provarsi con la pruova testimoniale (art. 1355). Si comprende in fatti che se si fosse permessa la pruova con testimonii della pretesa confessione dei fatti, pei quali questa pruova non è ammessa, sarebbe stato rendere illusorio il divieto, poichè più non sa-

(1) Rig. 29 febb. 1820; Cass. 30 apr. 1824, Rig. 10 dic. 1839 (Dev. 40, 1, 467).

rebbe difficile di far deporre dei testimoni (che si suppongono comprati) sulla pretesa confessione di un fatto, che di farli deporre sul preteso fatto stesso.

Del resto noi crediamo erronea la pretesa regola insegnata dal Merlin (quest. v. Confessione § 4) ed applicata dal succitato arresto di Cassazione del 30 aprile 1821, che una confessione stragiudiziale si trasforma con la sua reiterazione in giudizio in confessione giudiziaria che fa sparire la prima qualità e toglie così al giudice la latitudine di cui abbiam parlato per sottometterlo ad un' applicazione forzata dell' art. 1356. Da che una confessione si è fatta in giudizio nel 1840, ne segue forse che quella che si era fatta fuori giudizio nel 1838 più non esista? Non è forse evidente al contrario esservi allora due confessioni e che i magistrati quindi son liberi di non servirsi della seconda per attribuire alla prima le conseguenze di cui è suscettibile? Questa pretesa trasformazione sembraci dunque un errore, ed è infatti respinta da altri arresti, segnatamente da quello di rigetto di già citato del 10 dic. 1839 (1).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO.

1357 [1311]. Il giuramento giudiziale è di due specie.

1° Quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della causa, e chiamasi *decisorio*;

2° Quello che vien deferito del giudice *ex officio* all' una o all' altra parte.

I.—Il giuramento è un atto civile e religioso col quale una persona prende Dio a testimonio della verità della sua affermazione, della sincerità della sua promessa. Sebbene, il giuramento d'ordinario si presti tenendo la destra innalzata verso il Cielo, mentre si pronunziano le parole «*io lo giuro*», egli è incontestabile che non potrebbesi astringere a seguire quest' uso coloro le cui religiose credenze non permettono di giurare, e non ammettono che un' affermazione in anima e coscienza, come sono i *quakers*. La Carta attuale che consacra la libertà di religione e la eguaglianza politica dei culti (art. 7.) più completamente ancora della precedente (art. 5 e 6) non potrebbe lasciare dubbio alcuno su tale punto già giudicato in questo senso sin dal 1809 e 1810 (2).

Ma è uopo dire altresì reciprocamente che coloro il cui culto ammette un modo di prestazione di giuramento più sollenne e circondato da maggiori formalità di quello seguito nella pratica, come sono gli ebrei, possono essere astretti a prestare il giuramento con queste particolari formalità.

Quasi tutti gli autori rispondono affermativamente (3), ma noi non possiamo uniformarci a tale opinione. Senza dubbio essa nulla à di contrario alla libertà di coscienza, come qualche volta a torto si è detto, poichè non si tratta di far prestare il giuramento secondo il rito della religione, alla quale la persona appartiene; ma essa sembraci contraria allo spirito della legge, che è evidentemente quello di stabilire per tutti una regola uniforme, ad eccezione soltanto del caso in cui la persona trovasi impedita dalla sua religione di seguire tale regola. Che monta che il giuramento possa acquistare maggior forza religiosa col mezzo di tale o tal' altra formalità, poichè esso avrà sempre e forzosamente il suo carattere religioso sotto qualunque forma sia prestato, sol perchè la persona prende Dio a testimone della sua sincerità?

Che si *permetta* all' ebreo di giurare *more judaico*, sia pure; ma che si *esiga* che lo faccia, allorchè è pronto a giurare secondo il modo consueto, non sarebbe più legale che di esigere dal cristiano di giurare sul Vangelo.

In tale senso eziandio dopo di essere stata risoluta diversamente da numerosi arresti, è stata testè decisa la quistione da un arresto della corte Suprema, il quale à cassato una decisione contraria della corte di Colmar, e da una decisione della corte di Besansone, alla quale l' arresto di cassazione aveva rinviata la causa (4).

II. — Il giuramento è giudiziario o stragiudiziale. Il giuramento giudiziale è quello che si deferisce in giudizio nel corso di un litigio, ed è (al pari del giuramento stra-

(1) Orleans 7 mag. 1818; Bourbon 26 mag. 1818; Rig. 10 dic. 1839 (Dev. 30, 1, 317).

(2) Bordeaux 14 marzo 1809; Rig. 18 marzo 1810.

(3) Segnatamente Merlin (quist. v. Giur.) Toullier, (X-232), Favard (v. Ric. s. 1, § 4), Duranton XIII-593), Bonnier (n. 388.); Zachariae (V, pagina 610).

(4) Pel giuramento *more judaico*: Nancy: 15 luglio 1808; Torino 15 giugno 1811; Colmar 5 magg. 1815; Colmar; 18 genn. 1818; Pau, 11 magg. 1830; Colmar 12 magg. 1811; Algeri 18 giug. 1815; — Pel giuramento ordinario: Torino, 22 febb. 1809; Rig. 19 magg. 1826; Nimes 10 genn. 1827; Nimes 17 giug. 1827, Rig. 12 ag. 1828; Aix 13 ag. 1829; Cass. 3 marzo 1846; Besansone 25 genn. 1847. — (Dev. e Car., 31, 2, 150; 42, II, 493; 46, 1, 193, e 2, 138; 47, 2, 142).

giudiziale) promissorio o affermativo, secondo che à per oggetto di assicurare l'adempimento di una promessa (come quello dei testimonii) o di garentire la sincerità di un' affermazione.

Il giuramento giudiziale affermativo, il solo di cui dobbiam qui occuparci è di due sorte; 1°. giuramento *decisorio*, o *litis decisorio*, che una delle parti deferisce all'altra per farne dipendere la decisione; 2° il giuramento *suppletorio*, che il giudice deferisce ad una o all'altra delle parti per farne risultare un compimento di pruova. La legge se ne occuperà successivamente in due paragrafi.

§ 1.

Del giuramento decisorio.

1358 [1312]. Il giuramento *decisorio* può essere deferito in qualsivoglia specie di controversia.

1359 [1313]. Non si può deferire che sopra un fatto proprio a quello a cui viene deferito.

1360 [1314]. Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di pruova della domanda o della eccezione sulla quale si provoca la parte a giurare.

SOMMARIO

I. Da chi, a chi e per quale oggetto può esser deferito il giuramento decisorio.
II. La sua delazione punto non dipende dal potere discrezionale del giudice: errore della giurisprudenza.
III. Può esser deferito in ogni stato di causa e quindi sussidiariamente a tutti gli altri mezzi: errore della giurisprudenza, di Merlin e di Toullier, ec.

I. — Il litigante che vuol esimersi dal dare una pruova su di un fatto, lo può deferendo il giuramento su questo fatto al suo avversario, purchè 1° il fatto sia di natura da trar seco la decisione del litigio, 2°. sia personale a colui al quale lo si deferisce; 3°. la contestazione verta su di un oggetto suscettibile di transazione, e s' agiti tra persone capaci di transigere, e finalmente 4°. la delazione del giuramento non tenda a combattere la verità di una presunzione *juris et de jure* stabilita in uno scopo d'interesse pubblico.

La parte alla quale il giuramento è deferito in queste circostanze è obbligata, a pena di veder ritenuto per vero il fatto contestato e di perdere quindi la lite, di prestare il giuramento che le è deferito, o se il fatto le è comune con l'avversario deferirlo a costui.

È uopo anzi tutto, diciamo, che il fatto sia tale che la sua constatazione debba trar seco la decisione del litigio, almeno su di uno dei capi, poichè senza di ciò il giuramento proposto nulla avrebbe di *decisorio*. Il giudice deve dunque respingere la delazione del giuramento, allorchè il fatto che ne è l'oggetto non è decisivo (1); e ben inteso, il punto di sapere, se questo fatto è o non è decisivo non è che una valutazione, per la quale i tribunali di appello sono sovrani e che non potrebbe dar adito a cassazione.

Fa mestieri in secondo luogo, che il fatto sia personale alla parte alla quale si deferisce il giuramento; il testo dell' art. 1359 è formale su tal punto. Pur tuttavolta si è sempre ammesso, che il giuramento può anche deferirsi alla vedova o agli eredi di colui al quale lo si pretende personale, non già ben inteso sul fatto stesso, ma sul punto di sapere, se questa vedova o questi eredi non ne ànno personalmente conoscenza. L'art. 2275 riproduce questa regola, e tutto concorre a riconoscere, che questo articolo non dev' essere in ciò considerato come una eccezione, ma al contrario come la manifestazione d'un principio che il legislatore riguarda come sottinteso in ogni altro caso. È naturalissimo infatti che una vedova o gli eredi conoscano gli affari del defunto, e non dee la posizione di colui che avrebbe potuto deferire il giuramento decisorio al suo avversario esser peggiorata per la morte di costui.

Ed in tal senso fu votato l'art. 1359: « Gli eredi, dice il rapporto al Tribunato, non possono essere tenuti di affermare ch' era dovuto o che non lo era al loro autore, *sarebbero soltanto tenuti di accettare il giuramento su quanto può esser giunto a loro notizia* ».

Inoltre siccome la delazione del giuramento decisorio produce lo stesso effetto di una transazione che intervenisse tra i due litiganti, ne segue che essa non può aver luogo se non nel caso in cui questa transazione fosse possibile; sicchè, la delazione del giuramento non potrebbe essere autorizzata su fatti non suscettivi di transazione, p. es. checchè ne dica un arresto di Rennes (2) su fatti di filiazione, di legittimità o su fatti da servire di base ad una domanda di separazione personale... Non potrebbe neppure esserlo tra persone non aventi capacità per transigere; per esempio se

(1) Agen, 17 febb. 1830; Rouen, 22 febb. 1832; Rig. 6 magg. 1834 (Dev. 32, 2, 109; 34, 1, 757.).

(2) Rennes 16 dic. 1836. *I. du P.* 1837, 2. 320, Dal. 87, 2, 96.

uno dei litiganti fosse un sindaco della fallita non autorizzato dal giudice commessario ad accettare o deferire il giuramento (art. 487 C. com.) o un mandatario senza poteri speciale a tale oggetto (2). Infine il giuramento non può deferirsi, allorchè tende a rovesciare una presunzione *juris et de jure* stabilita in uno scopo di ordine pubblico. Abbiamo veduto all'articolo 1352 n. 2 in fine, che le presunzioni legali, contro le quali non è ammessa la pruova contraria, possono invero combattersi col giuramento decisorio, ma che tale possibilità non esiste se non per quelle stabilite in un interesse puramente privato. Io non potrei deferire il giuramento per combattere la cosa giudicata. Nol potrei neanche in generale per distruggere l'effetto della prescrizione; chè la prescrizione non è solo una consacrazione della probabilità dei dritti di colui che la invoca, è eziandio, il più sovente almeno, una decadenza pronunziata in uno scopo d' interesse generale e di ordine sociale contro i proprietarii o creditori negligenti; quando la legge mi dichiara proprietario del tale immobile, sol perchè lo posseggo da più di trent' anni, e ad onta di qualunque manco di titolo che io possa invocare, non è sol perchè ella suppone che io ne abbia lealmente acquistata la proprietà, gli è eziandio e anche meglio, perchè intende attribuirmi essa stessa in caso di bisogno questa proprietà, togliendola a voi per mettere un termine alla incertezza dei possessi. Che diverrebbe in fatti la tranquillità delle famiglie e della società, se in qualunque epoca e dopo cento e più anni si potesse rimettere in quistione la liberazione dei debitori o la proprietà dei detentori?... Il Codice manifesta ben chiaramente siffatta idea, quando ne dice che la prescrizione, lungi dal non essere che una pruova dell'acquisto o della liberazione prodotta da un'altra causa, può essere anch'essa *il mezzo di acquistare e di liberarsi* (art. 712 e 2219). Gli è dunque per eccezione alla regola generale, che l'art. 2275 autorizza la delazione del giuramento per le piccole prescrizioni regolate dagli art. 2271-2274; e questa eccezione proclamata per casi particolari in cui la prescrizione cessa così di essere un mezzo di liberazione, e più non ne è che la pruova) conferma la regola pei casi ordinarii.

È evidente del resto che il giuramento non può deferirsi a colui che figurasse in una istanza senza esservi parte, p. es. al marito che non fosse là che per autorizzar sua moglie; non può esserlo che *alla parte*, come lo dice l'art. 1359 (2).

II. — L'art. 1358 ci dice, che il giuramento, decisorio *può* deferirsi. In fatti è ben chiaro che una parte non può essere *obbligata* di darsi a mani giunte alla coscienza di un avversario, che può forse non avere coscienza, e che il giuramento non è che un estremo espediente, al quale essa è libera e non tenuta di ricorrere. Per semplice ed evidente che sia il significato dell'art. 1358, è non pertanto sconosciuto dalla giurisprudenza, la quale pretende che la facoltà risultante dalla parola *può* si dirige al giudice e non alla parte (3); di tal che i tribunali saranno liberi di autorizzare o respingere la delazione del giuramento, secondo che lo stimeranno opportuno.

Gli è questo un errore che stentasi a credere, e che rigettano con molta ragione il Devilleneuve (*Rac.* 38, 1, 875), il Bonnier (n. 302), e lo Zachariae (V, p. 618), soli autori che abbiano esaminato la quistione. Non è possibile alcun dubbio in tal punto, a fronte dei due art. 1357 e 1358, poichè l'ultimo ci dice, che il *giuramento decisorio può essere* deferito, dopo che il primo ci à fatto sapere che chiamasi giuramento decisorio *quello che deferisce una parte:* il giuramento decisorio essendo deferito dalla parte e non dal giudice, è chiaro che, se la legge avesse inteso esprimere così una facoltà indiretta al giudice; avrebbe detto « *la delazione* del giuramento *può essere autorizzata* » non già il *giuramento può essere deferito* ». Come dunque la frase completa sarebbe « può essere deferita *dal giudice* » quando si tratta di un giuramento che il giudice non deferisce mai?

III — E se la giurisprudenza viola così l'artic. 1358, essa non viola meno profondamente l'art. 1360, quando giudica, come ha tante volte fatto, che il giuramento deferito da una delle parti all'altra, *può* a volontà del giudice secondo qualche arresto, o anche *deve* assolutamente, secondo altri, essere considerato come un semplice giuramento suppletorio, se non è deferito che sussidiariamente, e dopo avere inutilmente impiegato ogni altro mezzo ad appoggio della pretensione (4).

Si comprende quali conseguenze trae seco questa protea trasformazione. Se il giuramento deferito da una parte, perchè non è pro-

(1) Grenoble 23 febb. 1827, Bordeaux 30 Lug. 18 9. Rig. 27 Apr. 1831, Rouen 21 febb. 1842, Parigi 20 feb. 1842 (Dev. 31, 1 194; 42, 2, 262 41, 2, 538).

(2) Angers, 28 genn. 1825.

(3) Amiens, 11 genn 1828; Rig. 25 apr. 1829, Bordeaux 19 genn. 1830; Limoges 10 maggia 1843 (Dev. e Car. 46, 2, 73).

(4) Agen, 24 dic. 1808; Rig. 30 ottobre 1810, Colmar 5 febb. 1834; Nimes 8 apr. 1834; Amiens, 16 genn. 1835; Colmar 7 marzo 1835; Rig. 12 nov. 1835; Rig. 7 nov. 1838, Limoges, 23 febb. 1843 Dev. 35, 2, 113 e 416: 36, 1, 925; 38, 1, 875; 44, 2, 637).

posto chè in mancanza di meglio, e dopo che questa parte ha tentato di trionfare con altri mezzi, diviene sol perciò un giuramento suppletorio, invece di essere sempre un giuramento decisorio, ne seguirà che il giudice sarà libero di farlo prestare oppur no, ai termini dell'articolo 1366, e che anzi non avrà il dritto di farlo, ai termini dell'art. 1367, se la pretensione non si fondi già su di un principio di pruova, mentre che se il giuramento resta sempre decisorio, la parte e non il giudice potrà sempre deferirlo ai termini dell'artic. 1360, ancorchè non esista alcun principio di pruova.

Ora noi diciamo, che il giuramento è sempre decisorio nei casi di cui si tratta, e che decidere altrimenti si è stranamente confondere i più chiari principii. Egli è vero che su questo punto, differentemente da ciò che ha luogo pel precedente, la dottrina degli arresti è pure quella di qualche autore, segnatamente del Merlin (*quist:* v. giuram. § 4) e del Toullier (X - 404, e 405) ma questa dottrina non è meno un errore certo, anzi certissimo.

Questo errore si dimostra fino all'evidenza, a parer nostro, e pe'caratteri distintivi de'due giuramenti decisorio e suppletorio, e ancora per la disposizione formale del nostro art. 1360. — Ed in primo, che cosa è un giuramento decisorio? è quello che è deferito ad un litigante *dall' altra parte* invece di esserlo di officio dal giudice, e che deve *troncare il dibattimento* da sè, invece di tendere soltanto *a completare* un principio di pruova già esistente.

Dunque quando io litigante dichiaro rimettermene al giuramento del mio avversario, e tenere la mia causa per perduta, se ei presti tale giuramento, che monta, domando io, ch'io faccia di tale dichiarazione il mio solo mezzo, o che vi ricorra dopo aver tentato le eventualità di altri mezzi? Che monta che questa dichiarazione sia il mio debutto, o la mia fine, che monta che essa costituisca la mia sola conclusione, o che venga sol come un estremo sussidiario dopo una serie di conclusioni lunga quanto vi piacerà. Ha forse detto, il legislatore o soltanto fatto supporre in qualche parte, vuoi nelle regole definitivamente scritte, vuoi nei lavori preparatorii, che il giuramento sarebbe una specie di ricompensa, (bella davvero!) accordata a colui che non volesse litigare per risparmiar tempo ai giudici? Non ha forse nettamente dimostrato dovunque che, agli occhi suoi come a quelli della ragione e dell'equità, era un ultimo espediente, un mezzo estremo, una ultima àncora di salute per colui al quale tutti gli altri mezzi venissero a mancare? Non dice forse positivamente nello art. 1360, che un tal mezzo potrà prendersi *in qualunque stato di causa*?... Che importa, ripetiamolo, il momento e la forma della mia dichiarazione? Dacchè io mi rimetto al giuramento del mio avversario, e mi ritengo per condannato, se ei lo presta, il giuramento è evidentemente e necessariamente decisorio e non può essere suppletorio; *è decisorio* perchè è deferito da uno de'litiganti, e che questo litigante riporta condanna sotto condizione della sua prestazione; *non può esser supplerorio* poichè non è deferito d'officio dal giudice, e non tende punto nè poco a procurare al giudice il complemento di una pruova cominciata. Ed ora le parole già citate dall' art. 1360 non sarebbero da sè sole sufficienti? Poichè questo giuramento può esser deferito *in qualunque stato di causa*, a quale che sia stadio della lite, può dunque caserlo dopo che siasi litigato più o meno lungo tempo. Or su che cosa sarebbesi litigato, se non su mezzi, i quali senza dubbio non sono per me riusciti, perchè ò dovuto ricorrere al giuramento? Questo art. 1360 ben dunque suppone, ben pruova, che il giuramento decisorio potrà proporsi come ultimo mezzo dopo altri mezzi, come estremo sussidiario.

In vero non abbiam mai capito non solamente come si potesse dire esservi qui giuramento suppletorio, ma come potesse domandarsi se è un giuramento suppletorio; perchè non comprendiamo che si possa domandare, se una figura che presenta quattro angoli e quattro lati uguali sia un cerchio... Sarebbe stato forza soffermarsi sin dal primo passo su questa sola idea, il giuramento suppletorio è quello che *è deferito di officio dal giudice* (art. 1357 e 1366 e rubrica del § 2); or questo è deferito *dal litigante*, dunque non è suppletorio.

Senza dubbio, una sentenza sarebbe perfettamente ragionevole, se decidesse, in fatto e come interpretrazione della volontà della parte, che la conchiusione sussidiaria di questa parte è semplicemente *una preghiera* diretta al giudice di deferire, egli il giudice, il giuramento all' altra parte; se ei non trova sufficienti le pruove, la sentenza avrebbe evidentemente ragion di dire, che non può qui esservi che un giuramento suppletorio; ma scorgere un giuramento suppletorio in quello che la parte deferisce essa stessa all' avversario, ritenendo per perduta la causa, se tale giuramento vien prestato, scorgere un giuramento suppletorio per la insignificante circostanza che è proposto sussidiariamente agli altri mezzi, è, ripetiamolo, vedere un cerchio in una figura che presenta quattro angoli o quattro lati, sotto pretesto che questa figura sia rossa invece di esser nera.

1361 [1315]. Quegli cui viene deferito il giuramento, qualora lo ricusi o non elegga di riferirlo al suo avversario, o l'avversario al quale è stato riferito, se lo ricusa, deve soccombere nella domanda od eccezione.

1362 [1316]. Il giuramento non può riferirsi quando il fatto che ne è l'oggetto non sia fatto d'ambe le parti, ma sia semplicemente proprio di quello cui si era deferito il giuramento.

1363 [1317]. Quando siasi prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l'avversario a provarne la falsità.

1364 [1318]. La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare.

SOMMARIO

I. Si può, sotto una condizione, riferire il giuramento deferito: ma il giuramento riferito non può riferirsi di bel nuovo. — La delazione o relazione non accettata può ritirarsi, ma noi si può dopo l'accettazione, se non per causa di dolo.

II. Se la parte che accetta il giuramento muore pria di prestarlo, esso non può reputarsi ricusato o prestato se non quando siavi stata colpa dal canto di essa parte o dell'avversario. Errore del Toullier e degli arresti.

III. Una volta prestato il giuramento, l'avversario non può provarne la falsità, nè in linea civile, nè in linea criminale: Errore del Duranton.

I. — Colui al quale è deferito il giuramento, ha la scelta di prestarlo o di riferirlo al suo avversario, perchè costui affermi il contrario. Così quando voi mi avete proposto di giurare avervi io prestato 1,000 fr., io son libero di fare un tal giuramento, o di proporvi di giurar voi stesso di non avervi io prestato questa somma. Ben inteso siffatta relazione del giuramento non è possibile se non quando il fatto è comune alle due parti, o all'una delle parti e all'autore dell'altra, in quest'ultimo caso vi è luogo da un lato al giuramento ordinario sul fatto stesso, e dall'altro al giuramento offerto alla vedova o agli eredi sul loro credito al fatto, siccome più sopra abbiam detto; giuramento che gli autori chiamano tal volta giuramento di *credibilità* o di *credulità*. Se il fatto fosse puramente personale alla parte a cui è deferito, egli è chiaro che costei non potrebbe riferirlo, e ciò è formalmente detto all'art. 1362. Egli è evidente in oltre che colui il quale aveva dapprima deferito il giuramento ed a cui lo si riferisce, non può a sua volta rinviarlo all'avversario, poichè si girerebbe allora in un cerchio eterno; colui al quale il giuramento è deferito, è libero, vuoi di ricusarlo (ma perdendo la causa), vuoi di prestarlo o di riferirlo; ma colui al quale lo si riferisce non può che prestarlo o ricusarlo.

Finchè la relazione o la delazione del giuramento non è accettata, la parte che l'à fatta può ritirarla, e sol dall'accettazione di tal proposta la parte trovasi legata giusta l'art. 1364. La delazione o relazione del giuramento in fatti non è che la proposizione e la prima parte di una convenzione, di una specie di transazione che, al pari di ogni altra convenzione, non rendesi quindi perfetta se non col concorso della volontà, a differenza della confessione, che è un fatto essenzialmente unilaterale, e non à, nè puó aver alcun che di convenzionale. Ma una volta che la parte alla quale si dirige la proposta l'ha accettata, una volta che à formato il contratto, dichiarandosi pronta a fare il richiesto giuramento, l'altra parte più non può ritirare la sua offerta. Più nol può, a meno che non pertanto non fosse stata tratta a fare tale offerta dal dolo dell'avversario; p. es. se io non mi sono rassegnato a proporre il giuramento che per la perdita di documenti che giustificavano la mia pretesa, e giungo poi a sapere ed a provare che tali documenti erano ritenuti dal mio avversario (Art. 480 1° e 10 C. pr. e art. 2057).

II. — Se il giuramento deferito o riferito vien rifiutato, la legge vede ed a ragione nel rifiuto della parte la tacita confessione della falsità del fatto che formava la base della sua pretesa ed in conseguenza questa pretesa della parte è rigettata e, la sua lite perduta su tal capo; che se, al contrario, essa presta il giuramento, la condizione sotto la quale l'avversario era convennto di perdere la sua causa, essendo adempiuta da tale prestazione, la transazione produce il suo effetto, e la causa è guadagnata da colui che à prestato il giuramento.

Ma che si deciderebbe, se la parte che si è dichiarata pronta a fare il giuramento venisse a morire pria di averlo fatto? Bisognerebbe sol perchè avesse dichiarato accettare, e tutto che nulla possa rimproverarsi all'avversario di aver impedito o ritardato la prestazione, dire che il giuramento sarà nondimeno tenuto per fatto? Stabilire simile quistione vuol dire risolverla; chè è ben evidente, che la condizione della transazione non s'è adempiuta; io non ò consentito a perdere la causa, se l'avversario accettava il giuramento, ma sì bene se lo prestava. Non poteva forse accadere che, tutto che avendo accettato il giuramento, questo avversa-

rio avesse indietreggiato, all'ultimo momento, all'idea di uno spergiuro, ed avesse definitivamente ricusato? forse che promettere di fare un giuramento e farlo effettivamente sono la stessa cosa?... Senza dubbio, se per mia mala volontà, per causa di ritardo suscitato espressamente, la prestazione sia stata impedita, il giuramento dovrà considerarsi come prestato, chè la ragione e la disposizione dell'art. 1178 vogliono, che si consideri come adempinta la condizione la quale non è stata impedita che dalla persona obbligata sotto tale condizione: il giuramento sarebbe dunque tenuto per prestato in questo caso particolare, come al contrario si riterrebbe per ricusato, se colui il quale doveva prestarlo, era stato posto in mora di farlo; ma quando nulla può rimproverarsi ad alcuna delle parti, quando niuna circostanza particolare non conduce nè all'una nè all'altra delle due decisioni estreme, quando si è a fronte del solo fatto, che la morte o la follia di una persona le impedisce di prestare il giuramento, non è forse evidente, palpabile, che è uopo restare nella verità delle cose, dire che il giuramento non è nè prestato nè ricusato, che la condizione preveduta trovasi impossibile e quindi la delazione non avvenuta? Colui che aveva deferito il giuramento può solo allora deferire agli eredi dell'avversario defunto il giuramento di credibilità, di cui abbiam più sopra parlato.

Non si sa dunque spiegare come taluni autori ed in ispecie il Toullier (X-385, comma 7) e dopo di lui due arresti (1) abbian potuto decidere, che la morte della parte faccia equivalere la sua accettazione del giuramento ad una prestazione effettiva. È un grosso errore rigettato ed a ragione dallo Zachariae (V, p. 619) e già condannato dal celebre Dumoulin, dicendo sulla L. 3. C. *de juris*: *Juramentum delatum defuncto, sed nondum praestitum ab illo, non potest objici.*

III. — Quando il giuramento decisorio è stato effettivamente prestato, la condizione è compiuta, la transazione pienamente efficace, e non sarebbesi ammesso a distruggere l'effetto di questa transazione provando la falsità del giuramento: *non illud quaeritur*, dicono *le Instituta* (§ 11 delle azioni), *an pecunia debeatur, sed an juraverit;* e il nostro art. 1363 proclama nettamente questo principio. Ed in fatti, la condizione non è, e non potrebbe essere: *se l'avversario presta un giuramento conforme alla verità*, poichè allora bisognerebbe fare un nuovo giudizio, per sapere se il giuramento è o pur no conforme alla verità, in modo che questo giuramento nulla avrebbe *di decisorio*: la condizione è semplicemente, *se l'avversario presti il giuramento.*

Per non avere ciò ben compreso il Duranton (XIII-600) à emesso una dottrina a tal soggetto, contraria sì al pensiero del nostro articolo 1363, e sì al suo testo stesso, ed alle spieghe dei lavori preparatorii.. Il dotto professore, mentre riconosce che colui, contro del quale è stata resa la sentenza per effetto del giuramento decisorio, non potrebbe dedurre, in linea civile, la falsità di questo giuramento, pretende che potrebbe farlo in linea criminale, unendo la sua azione a quella del pubblico ministero. Secondo lui, l'art. 366 del Cod. pen. pronunziando una pena contro l'autore di un falso giuramento decisorio, e l'art. 1 del Codice d'istruzione criminale, accordando un'azione civile per riparazione del danno a tutti coloro che sono stati lesi da un delitto, ne segue, che io potrò rendermi parte civile nella causa criminale per ottenere la riparazione del danno. «In linea *civile* soltanto, ei dice, mi viene interdetto di provare la falsità del giuramento; sarebbe una enormità, se colui che fosse condannato per aver prestato questo falso giuramento, potesse arricchirsi col suo delitto».

Il Duranton non ha veduto ch' egli confutava la legge, e che correggeva il nostro articolo invece di spiegarlo: l' articolo vi dice, che voi non avete il dritto di provare la falsità del giuramento; dunque questo giuramento, legalmente parlando, in quanto a voi è irrevocabilmente vero. Esso potrà essere falso in sè stesso, e tale essere dimostrato dal pubblico ministero che tirerà le conseguenze della sua falsità; ma per voi resterà vero: la transazione intervenuta tra voi ed il vostro avversario sarà insignificante per la società, e non impedirà, come di ragione, la vendetta pubblica; ma avrà tutta la sua forza contro di voi. Ora se il giuramento resta legalmente vero in quanto a voi, come potreste parlare del pregiudizio che la sua falsità vi cagiona ?...L'art.1363, voi dite, non è fatto che per l'azione civile, *e qui si tratta dell'azione criminale*; ma è un errore: l'azione che una persona privata aggiunge all' azione criminale altro non è, che un' azione *civile*, ed è perciò che questa persona prende il nome di *parte civile*. Il Duranton non avrebbe dovuto perdere di vista, che colui solo ha il dritto di domandare una riparazione con una azione (civile), unita all' azione criminale del ministero pubblico, il quale potrebbe anche farlo con azione ordinaria al tribunale civile. Egli avrebbe dovuto comprendere, che la nostra regola non è una eccezione, ma l' applicazione di un principio: poichè ogni qualvolta voi avete rinunziato, con transazione, o altrimenti all' azione che per voi poteva risultare dal mio

(1) Douai, 26 magg. 1814; Aix, 13 agosto 1829.

delitto, la vostra rinunzia vi toglie ogni dritto di agire, non impedendo perciò l'azione del ministero pubblico... E ciò che il Duranton avrebbe dovuto così comprendere col solo ragionamento, avrebbe dovuto specialmente ammetterlo in vista de' lavori preparatorii del Codice penale. « L'interesse *della società*, dice « l'esposizione de' motivi, non permette che « il *delitto* di falso giuramento *resti impunito*, « e sebbene la parte *non possa agire per suo pri-* « *vato interesse*, la pena dovuta al delitto po- « trà nondimeno essere provocata dal pubbli- « co ministero.— Questa disposizione, dice a « sua volta, il rapporto del Tribunato sullo » stesso art. 366 C. pen., non dà adito ad *al-* » *cuna nuova azione*... Il Codice Napoleone *ha* » *irrevocabilmente regolato tutto* ciò che è re- » lativo *agli interessi privati* e ALLA PARTE CI- » VILE; ed il pubblico ministero potrà *nel solo* » *interesse della società* procedere contro lo » spergiuro ». Queste dichiarazioni sono al certo abbastanza esplicite; e la giurisprudenza in fatti consacra questi principii incontestabili (1).

La falsità del giuramento non potrebbe dunque offrir mai alcuna risorsa all'avversario dello spergiuro, poichè, lo ripetiamo, questa falsità è un fatto da cui la parte privata non può argomentare. Ma se questo avversario provasse che, col dolo dell'altra parte, egli era stato condotto a deferirle il giuramento, potrebbe per questa cagione fare ritrattare il giuramento ai termini dell'art. 480-1. C. pr.

1365 [1319]. Il giuramento prestato non fa prova che in vantaggio o contro di colui che l'ha deferito; ed a vantaggio de' suoi eredi od aventi causa o contro di essi.

Ciò non di meno, il giuramento deferito al debitore da uno de' creditori solidari, non lo libera che per la porzione dovuta a questo creditore.

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori;

Quello che si è deferito ad uno dei debitori solidari giova ai condebitori;

Quello deferito al fidejussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi il giuramento del condebitore solidario o del fidejussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando fu deferito sul debito, e non quando fu deferito sul fatto della *solidarietà* o della fidejussione.

(1) Rig. 21 ag. 1834; ed in ispecie rig. 30 marzo 1843 (Dev. 35, 1, 119; 14, 1, 36).

SOMMARIO

I. Inesatta ed incompleta redazione dell'articolo.
II. Del giuramento ricusato da un concreditore solidale o prestato dal debitore; ed eziandio di quello che presta questo creditore o che rifiuta il debitore (rispetto agli altri creditori).
III. Del giuramento prestato da un condebitore solidale o ricusato dal suo creditore, ed eziandio di quello che ricusa questo condebitore, o che presta il creditore (rispetto agli altri debitori). Medesima ipotesi per un debitore rispetto al suo garante, e pel garante rispetto al debitore.

I. — Il giuramento prestato o ricusato non può evidentemente produrre il suo effetto che per o contro le parti, tra le quali il fatto si compie, e per o contro la persona che queste parti rappresentano; è per tutte le altre *res inter alios acta quae aliis non nocet, nec prodest.*

Il primo comma del nostro articolo mal esprime questa idea, quando dice, che il *giuramento dato* non forma pruova che contro colui che l'à deferito, o *a suo pro*. Non è già il giuramento dato che formerà pruova *a pro* di colui che l'à deferito, sarà al contrario il rifiuto di prestare tal giuramento; ed il giuramento prestato farà sempre pruova a pro di colui che lo presta e *contro* colui che l'à deferito. Fà dunque mestieri leggere, il *giuramento dato o ricusato.* — Questo caso di rifiuto del giuramento, di cui il nostro articolo in niuna parte si occupa, doveva non pertanto prevedersi al pari della sua prestazione.

II. — Dopo aver fermato, in modo inesatto ed incompleto, la regola che la prestazione o il rifiuto del giuramento non fanno pruova che tra le parti o loro aventi causa, il nostro articolo presenta come un' eccezione a questo principio la regola, che il giuramento deferito al debitore da uno dei concreditori solidali, e prestato da tal debitore, non libera essa debitore che per la parte del creditore nel credito. Non vedesi come mai sia questa un' eccezione, e perchè la disposizono cominci con le parole *ciò non dimeno.*

L'idea dei redattori è probabilmente quella che i creditori solidali essendo sotto un rapporto mandatarii ed aventi causa gli uni degli altri, il giuramento deferito da uno di essi dovrebbe, giusta la regola, aver effetto rispetto a tutti, di tal che la regola che non gli dà effetto che per la parte del creditore litigante, sarebbe così una eccezione. Ma tale idea non è esatta; chè se i concreditori solidali sono mandatarii gli uni degli altri, gli è soltanto per quanto tende alla conservazione o al miglioramento del credito, ed uno dei creditori non à maggiore mandato per transi-

gere di quel che l' avrebbe per rimettere il debito (art. 1198 comma 2°).

Nulla quindi àvvi di eccezionale, ma al contrario un'applicazione pura e semplice della regola. E ben inteso, quanto dice l' articolo in ordine al giuramento prestato dal debitore, a proposizione del concreditore litigante, applicherebbesi del pari al giuramento deferito al concreditore dal debitore e ricusato dal primo.—Al contrario, e poichè i concreditori sono mandatarii per conservare e migliorare il credito, il giuramento ricusato dal debitore sulla proposta di uno dei crediteri, o prestato da costui sulla proposta del debitore, gioverebbe a tutt' i creditori.

III. — Il giuramento prestato da uno dei condebitori solidali, come pure quello che fosse ricusato dal creditore, sulla proposizione del primo, giova evidentemente a tutt' i condebitori; poichè sono reciproci mandatarii per migliorare la loro posizione (com. 4). Ma se il giuramento al contrario si fosse ricusato dal condebitore o prestato dal creditore, è nostro avviso che non potrebbe opporsi agli altri debitori pei motivi indicati all' art. 1351 n. XIII.

Il giuramento prestato da un debitore principale, come altresì quello che è ricusato dal creditore, sulla proposta di costui, giova evidentemente al garante (com. 3): poichè, cadendo il debito, la fidejussione cade necessariamente con esso. Ma se il giuramento al contrario è ricusato dal debitore, o prestato dal creditore, non pensiamo che possa opporsi al garante, e ne abbiam parimenti detto più sopra il perchè.

Quando il giuramento, sempre su di un fatto concernente il debito per sè stesso, vien prestato dal garante o ricusato dal creditore sulla proposizione di esso garante, giova al debitore principale (com. 5); poichè non può più esservi debitore, quando più non vi è debito. Ma se il giuramento è ricusato dal garante o prestato dal creditore, non potrebbe opporsi al debitore; chè il garante non à alcun potere di rendere peggiore, nè con una transazione nè altrimenti, la posizione del debitore.

Gli è ben evidente inoltre, che il giuramento prestato da un condebitore solidale, o ricusato sulla proposta di costui dal creditore, non giova agli altri debitori, che quando à per oggetto un fatto, il quale, tutto che personale a questo condebitore o al creditore, concerno non per tanto il debito per sè stesso (come sarebbe il fatto di un pagamento) e che sarebbe insignificante per essi, se il fatto non concernesse che la solidarietà del debitore litigante; p. es. una remissione di solidarietà fatta a questo debitore (com. 5.) — La stessa distinzione debbe farsi pel giuramento prestato dal garante o ricusato, a proposizione di costui del creditore (*ibid.*).

§ 2.

Del giuramento deferito di ufficio.

1366 [1320] Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti, o per fare da esso dipendere la decisione della causa o soltanto per determinare l' ammontare della condanna.

1367 [1321] Il giudice non può deferire *ex officiò* il giuramento, tanto sulla dimanda dell'attore, quanto sull'eccezione opposta, se non quando vi concorrano le seguenti due condizioni.

1. Che la dimanda o l' eccezione non sia pienamente provata;

2. Che le medesime non siano mancanti totalmente di prova.

Esclusi questi due casi, il giudice deve ammettere o rigettare puramente e semplicemente la dimanda.

1368 (1322). Il giuramento deferito dal giudice *ex officio* ad una delle parti, non può da questa riferirsi all'altra parte.

SOMMARIO.

I. Quando ed in quale scopo può il giuramento deferirsi di officio. Osservazioni sulle nomenclature impiegate da taluni autori.

II. In caso di divieto della pruova testimoniale, la sua delazione non è possibile che su di un principio di pruova per iscritto. — Il giudice lo deferisce a quella parte che vuole. Può essere un semplice giuramento di credulità: errore del Toullier.

III. Il giuramento non è che un mezzo d'istruzione, di cui si può quindi dimostrare la falsità: non tra quindi transazione: conseguenze.

I. — Trattasi in questo paragrafo del giuramento deferito adjuna delle parti non già dal l'altra parte ma dal giudice medesimo, che vi ricorre di uffizio per completare la sua convinzione.

Diciamo per *completare* la sua convinzione, poichè non bisogna prendere in un senso che non è quello della legge questi termini dello art. 1366, *sia per farne dipendere la decisione*, e credere che il magistrato possa prendere nel giuramento ch' ei deferisce il suo solo ed unico mezzo di decidere; sarebbe un errore nel quale la disposizione così categorica dell' articolo seguente non permette di cadere; questo giuramento non può essere per lui che un secondo elemento della sua decisione, che il complemento di una convinzione già cominciata. Il giudice infatti, giusta l' art. 1367

non può deferire il giuramento su di una pretensione totalmente priva di pruova, come nol potrebbe per una pretesa pienamente stabilita, egli deve immediatamente rigettare siffatta pretesa nel primo caso; come immediatamente deve ammetterla nel secondo: e sol quando la pretesa, senza essere pienamente giustificata, già si fonda su di un principio di pruova egli può ricorrere al giuramento di officio. Perciò questo giuramento di uffizio è chiamato ordinariamente giuramento *suppletivo* o *suppletorio*.

La legge ne dice, che il giuramento suppletorio può avere per oggetto di illuminare il giudice o sulla condanna stessa (cioè sul punto di sapere se debba o pur no condannare), o solamente sul montare di tale condanna ; essendo già stabilito il fatto che motiva questa condanna. In questo secondo caso , taluni autori ànno dato al giuramento suppletorio il nome di giuramento *in litem*, o in *plaids* (in litigio , in dibattimenti giudiziarii) : ma gli è chiaro che qualunque giuramento giudiziario è un giuramento in *plaids* o *in litem* , sì quando è suppletorio pel merito stesso della condanna , o anche quando è decisorio , e sì quando concerne soltanto il *quantum* della condanna , poichè in tutti i casi à avuto luogo nel corso di un litigio , e per giungere a por fino ad esso il litigio.

II. — La delazione del giuramento suppletorio non essendo permessa al giudice che su di una pretesa, per la quale già esiste un principio di pruova, ne segue che, nel caso in cui la pruova testimoniale non è autorizzata dalla legge, sol mercè un principio di pruova *per iscritto* sarebbe essa possibile. E di fermo un principio di pruova è già una pruova, è una prova cominciata , una pruova ancora incompleta ; ora, nel caso di divieto della pruova testimoniale, il giudice non può legalmente prendere questa pruova incompleta nè nella dichiarazione di un testimone , perchè non à dritto ad ascoltarne , nè nelle presunzioni di fatto , poi chè non può tenerne conto che quando la pruova testimoniale è autorizzata (art. 1353). Non può dunque legalmente allora esservi altro principio di pruova che quello di pruova *per iscritto*: così il giudice non potrebbe in materia ordinaria fondarsi su di una presunzione per deferire il giuramento di officio su di una controversia oltre 150 fr. ; lo potrebbe al contrario in materia commerciale, poichè la prova testimoniale è permessa (1).

Il giudice deferisce il giuramento a quella delle due parti che ei crede a proposito scegliere, a quella che le circostanze della causa e l' ispirazione della sua coscienza indicano dover fare una dichiarazione più sincera e generalmente più utile alla manifestazione della verità. Ben, altrimenti sarebbe , nel caso in cui la legge avesse essa stessa indicato a quale dei due litiganti dovesse deferirsi il giuramento (art. 1369 e anche art. 17 Cod. Com.. Gli è perchè spetta al giudice di deferire il giuramento, quando la legge non l'à fatto da sè, alla parte che gli sembra più convenevole di scegliere, che il giuramento suppletorio non può mai riferirsi da colui al quale viene imposto (art. 1368).

Il giudice è parimente libero, allorchè trattasi di un fatto personale non al tale litigante, ma al suo autore, di deferire a questo litigante il giuramento *de credulitate*. Siffatta proposizione, negata non pertanto dal Toullier (X-421) ci sembra divenire evidente dalla riflessione: il giudice in fatto non può mai deferire il giuramento, che quando già esiste una pruova imperfetta , una probabilità più o meno grande in appoggio della pretesa , vale a dire almeno qualche presunzione a pro della stessa pretesa, or noi abbiamo veduto (art. 1353), che la semplice probabilità così risultante da una presunzione di fatto basta al giudice, in mancanza di pruova propriamente detta , per aggiudicare la pretesa. Come dunque questo giudice , il quale potrebbe immediatamente condannare una parte, non avrebbe il dritto di non farlo che dopo aver corroborato la sua congettura con la delazione di un giuramento di credulità?... E fa d'uopo andar più oltre. La regola che vieta di deferire il giuramento decisorio, tranne che su di un fatto personale , regola sulla quale la legge insiste con tanta cura, quando trattasi di questo giuramento decisorio , (art. 1359 e 1362), non essendo riprodotta pel giuramento suppletorio, ed il pensiero della legge avendo dovuto esser quello in fatti di lasciare al giudice la più gran latitudine possibile per illuminarsi, e giudicar più rettamente, è mestieri dire, che questo giudice potrebbe deferire un giuramento di credulità non più solamente su di un fatto personale all'autore della parte , ma anche su di un fatto personale a tutt'altra persona.

La sola obbiezione, che il Toullier trova a fare a siffatta delazione del giuramento di credulità dal giudice, si è che l'art. 2275 C. civ. e 189 C. comm. non parlano di tal giuramento, a suo dire, che come dovendo deferirsi da una parte all'altra, vale a dire come giuramento decisorio. Ma in pria il punto di partenza stesso dell'argomento è inesatto; che se l'art. 2275 non parla in fatto che della delazione da una delle parti, l'art. 189 vuole al contrario che questo giuramento sia prestato dalla vedova o dagli eredi quando *ne saranno richiesti*, senza distinzione. Del resto se questi art. 2275 e 189

(1) Rig. 9 nov. 1831 (Dev. e Car. 1832, 1, 10).

àn bisogno di essere invocati come eccezione, allorchè trattasi del giuramento decisorio (chè questo per massima non può deferirsi che sul fatto stesso della persona) egli è chiaro che più non si à bisogno di siffatta eccezione, dacchè più non si è sotto tal principio; or poichè la regola che non permette il giuramento che su di un fatto personale, vale a dire la disposizione dell' art. 1359 non è scritta che pel giuramento decisorio, il giudice rimane dunque libero di deferire il giuramento suppletorio anche sul fatto di un terzo (*de credulitate*, ben inteso). Così ha giudicato la Corte Suprema (1).

III. — La delazione del giuramento suppletorio, non essendo che un affare d' istruzione, di schiarimento pel giudice, ne segue che, se il magistrato dopo aver resa la sentenza che l' ordina, giunge a procurarsi una convinzione completa, o con la scoverta di nuovi elementi di decisione, o altrimenti, egli potrà dichiarare non avvenuta la sentenza che ordinava un giuramento ora mai reso inutile. (2)

Da ciò segue ancora che, una volta prestato il giuramento, e finchè la sentenza sul merito non è resa, la parte contro la quale il giuramento ha avuto luogo, potrebbe, scuoprendo nuovi mezzi di pruova, stabilire la falsità del giuramento, giustificare la sua pretensione e guadagnare la causa. Il giuramento non ha qui nulla di transazionale, nulla di convenzionale fra le due parti, e la legge quindi non poteva qui riprodurre la regola, la quale proibisce di provare la falsità del giuramento decisorio.

Che se la sentenza definitiva fosse decisa, sia che lo fosse stato prima sotto la condizione della prestazione del giuramento, sia che lo fosse stato dopo in conseguenza del giuramento prestato, la parte perditrice, alla quale sarebbero sopraggiunti nuovi mezzi di prova, potrebbe farli valere in un appello, se vi fosse luogo ad appellare, vuoi reclamando i danni-interessi, e provando la falsità del giuramento con una azione principale in linea civile, o costituendosi parte civile in una causa intentata dal pubblico ministero. L'erronea dottrina professata a tal riguardo dal Duranton, in quanto al giuramento decisorio, e da noi confutata all' articolo 1363, sarebbe perfettamente esatta pel giuramento suppletorio, che come si vede non è per nulla transazionale, e lascia adito alla pruova della sua falsità.

Da ultimo gli è evidente che, pur nel caso in cui la parte che perde non avesse nuove pruove, il giudice di appello (se tal sentenza fosse in primo grado di giurisdizione) potrebbe, riesaminando l' affare, valutar diversamente dai primi giudici, e giungere sia a trovar sufficientemente convincenti i mezzi della parte che avesse prima perduto, e farle vincere la causa senza ricorrere ad alcun giuramento, sia ancora a deferire il giuramento suppletorio a questa stessa parte, avversaria di quella che l'aveva prestato in prima istanza.

1369 (1323) Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa dimandata, se non quando sia impossibile di comprovarlo altrimenti.

Deve pure, in questo caso determinare la somma sino alla concorrente quantità, della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento.

I. — Questa è la specie del giuramento suppletorio, al quale si dà talvolta il nome di giuramento *in litem*, e di cui abbiam già parlato più sopra, ed offre ciò di singolare, che non può deferirsi che all' attore, e sol dopo che il giudice stesso à fissato un *maximum*, oltre il quale il giuramento sarebbe inefficace.

Del resto questo giuramento è sottoposto, bene inteso, alle altre regole dianzi esposte. Così, segnatamente il giudice può, dopo averlo ricevuto, se sopraggiungono nuovi elementi di valutazione, non solo diminuir la somma per la quale il giuramento si è fatto, ma eziandio aumentare e sorpassar di molto il *maximum* dappria stabilito.

N. B. — *Abbiam già detto al principio del commentario di questo Titolo, che il punto si sarebbe dato più oltre, insieme a quello del Titolo IV che completa la materia delle obbligazioni in generale.*

ANNOTAZIONE

AL

TITOLO III

DE' CONTRATTI E DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI IN GENERALE SECONDO LE LEGGI CIVILI DELLE DUE SICILIE.

I. — Di dugento sessantanove articoli si compone nelle nostre *Leggi Civili* questo titolo,

(1) Caen. 3 sg. 1831, Rig. 8 dic. 1832 (Dev. e Car. 33, 1, 113).

(2) Rig. 10 dic. 1823, Limoges, 23 marzo 1825, Tolosa 3 lug. 1827.

quanti son quelli che novera nel Codice Napoleone, un solo essendovene di meno, il quale è compensato da uno aggiunto. E, salvo tre articoli variati, gli altri non sono che la traduzione più o meno letterale degli articoli francesi.

Pertanto, innanzi di parlare di questi cinque articoli, diciamo che le critiche dirette dal nostro autore all'opera de' compilatori del Codice civile si applicano medesimamente ai giureconsulti che ne fecero la revisione tra noi. E di fermo, la stessa mancanza di metodo; la stessa erronea divisione in due titoli d'una materia che dovea formarne un solo; la stessa inesattezza nella rubrica del Titolo III, in cui è conservata la particella esplicativa o; e in quanto a quella del Titolo IV, se può dirsi che sia stata emendata, rendendo la parola *engagement* per *obbligazione*, può anche rispondersi che la nostra lingua non avrebbe comportata altra locuzione: lasciando stare che l'aver rinunciato alla distinzione, per altro arbitraria che s'era fatta tra l'*engagement* e l'*obbligation*, rende anche più spiccata quell'unità naturale della materia, che i redattori francesi e i nostri revisori àn manomessa con dividerla in modo così contrario alle regole della logica.

II. — Si è veduta la disposizione dell' artic. 1153 C. Nap. e il commento che ne fa il N. A. Secondo la sua dottrina, che in verità ci sembra assai meglio fondata della dottrina opposta, sebben questa sia seguita dalla quasi-universalità degli autori, il Codice francese ammette l'anatocismo, ma subordinatamente a due condizioni, 1° che gl'interessi, de' quali si domandano gl'interessi, sieno *scaduti*; 2° che sieno dovuti *per un* [redacted] *anno*. In quanto alla convenzione d'anat[redacted]mo, fatta antecedentemente alla scadenza degl'interessi, epperò relativa ad interessi *non scaduti*, il Marcadè dimostra, se non erriamo, vittoriosamente, che il testo medesimo dell' art. 1154 la esclude assolutamente, così confermando un divieto che è stato sempre di dritto comune in Francia.

Sicchè la nostra legislazione e la francese sono men divergenti su tal punto di quel che ordinariamente si pensa. Per tredici secoli la legislazione di Giustiniano e l'antica giurisprudenza francese e lo stesso dritto intermedio avean severamente proscritto l'anatocismo per gl' interessi scaduti come per gl' interessi futuri. Egualmente fu sempre proscritto nel regno insieme all'usura immodica; e l'esercizio dell'uno e dell'altra eran fortemente puniti come pubblici reati (V. le Cost. *Statuimus* e *Usurarum nequitia* di Federico II. e le varie prammatiche e dispacci). Il Codice Napoleone à mantenuta (almeno giusta l'interpretazione del Marcadè, (che reputiam preferibile), l'inibizione per rispetto agl' interessi futuri ed à permesso l'anatocismo per gl'interessi scaduti, pur con una condizione che questi interessi sieno almanco d'un anno (art. 1154). Il nostro legislatore, nella riforma del Codice francese, soppresse quest'articolo 1154, così tornando allo antico dritto, cioè alla proibizione assoluta per ambi i casi. Vero è, come altri à osservato (1), che in luogo del silenzio sarebbe stato più convenevole che un espresso articolo avesse formalmente cundannato l' anatocismo in ambi i sensi : sennonchè le costanti tradizioni della giurisprudenza suppliscono sicuramente a ciò che possa esser dubbio nel testo della legge.

III. — L' art. 1270 C. Nap. dispone che « i creditori non posson ricusare la cessione giudiziaria, se non ne' casi *eccettuati dalla legge*. » E così dispone con le identiche parole l'art. 1224 ll. cc. Or facea duopo specificare quali erano i casi dalla legge eccettuati, per non lasciare alla discrezione del giudice il concedere o negare la cessione de' beni, applicando antiche leggi romane, sulle quali era grande la discrepanza degl' interpreti.

In Francia vi fu sopperito coll'art. 905 C. proc.; ma al nostro legislatore parve, ed era, più opportuno che la specificazione si trovasse nelle stesse *leggi civili* e nel medesimo titolo. Pertanto fu nella revisione del 1819 aggiunto l' art. 1222, il quale in piena conformità all'art. 905 succitato, dispone :

« Non potranno essere ammessi al beneficio della cessione gli stranieri, gli stellionari, i falliti fraudolentemente, le persone condannate per causa di furto o di scrocchería; nè le persone contabili, i tutori, gli amministratori e i depositari. »

Non gli stranieri, i quali, domiciliati nel regno, potrebbero ingannar la buona fede de'nazionali e, lasciatisi andare a folli speculazioni, sottrarsi con subita fuga alle sinistre conseguenze di quelle.

Non gli stellionari, ne'quali evidentemente manca la più essenziale condizione per meritar il beneficio della cessione, qual' è la buona fede.

Non i falliti fraudolentemente nè i condannati per furto o scrocco; attesochè il fallimento doloso o la condanna imprimono in essi un marchio d'improbità che rende perenne contro di essi la presunzione di mala fede: *qui turpi fraude semel innotuit, etiam si verum dicit, amittit fidem.*

Non i contabili, i tutori, gli amministratori, i depositari; mercecchè non potrebbero

(1) V. Areleri *Studi Legali*. V. p. 226.

TITOLO IV

DELLE OBBLIGAZIONI CHE FORMANSI SENZA CONVENZIONE

(Decretato il 9 febbraio 1804 , promulgato il 19).

Noi già sappiamo che , se la convenzione, il contratto , vale a dire il mutuo consenso delle parti è la fonte più frequente delle obbligazioni, non è non pertanto la sola. Il Codice, in questo breve titolo, completa e pone termine alla materia delle obbligazioni considerate in generale, trattando nei 17 articoli. che andremo a commentare, delle obbligazioni provvenienti da tutt'altra fonte che dai contratti.

Abbiam già notato il torto che ànno avuto i redattori di dividere in due titoli, ad onta dell'esempio del Pothier, una materia la cui unità è evidente, e di riserbare il nome di *obbligozioni* alla classe delle obbligazioni convenzionali , per non dar qui alle altre che il nome di obblighi (*engagements*), tutto che un obbligo od una obbligazione sieno una sola e medesima cosa. (*Ved.* le nostre osservazioni preliminari del tit. III. al principio di questo volume).

1370 [1324]. Alcune obbligazioni nascono senza precedente convenzione, nè per parte di chi si obbliga , nè per parte di quello verso cui si è obbligato.

Le une risultano dalla sola autorità della legge : le altre nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente , come quelle tra proprietarii vicini , o quelle dei tutori o degli altri amministratori, i quali non possono ricusare le funzioni che loro vengono attribuite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato, risultano o dai quasi-contratti, o dai delitti o dai quasi-delitti. Esse formano il soggetto di questo titolo.

SOMMARIO

I. Cattiva redazione del Codice riprodotta dal Toullier e dal Duranton. Divisione delle obbligazioni nate senza convenzione; senso della parola *volontariamente*.
II. Osservazioni su questa classificazion .
III. Altra critica dell'articolo. Confutazione degli strani principii del Toullier.
IV. Seguito della confutazione. Errore e contraddizione di questo autore.
V. Rimproveri diretti dal Toullier al dritto romano , ch'egli non ha qui compreso.
VI. Il nostro articolo non pone , e non doveva porre le obbligazioni dei tutori fra le obbligazioni che vengono *dalla legge* se non quando questi tutori non possono ricusare le loro funzioni. Osservazione finale.

I. — Il primo comma di questo articolo si esprime con molta inesattezza, quando oppone alle obbligazioni convenzionali gli obblighi che si formano *senza che intervenga convenzione alcuna nè dalla parte* del debitore, *nè dalla parte* del creditore. Una convenzione non può intervenire *dalla parte di una sola persona*, poichè consiste nel concorso, e nella riunione della volontà dei contraenti. Bisognava dire, *senza che intervenga alcuna convenzione* FRA *colui... e colui...*; o pure volendo conservare le parole , *nè dalla parte* del debitore *nè dalla parte* del creditore, bisognava dire , *senza che intervenga* ALCUNA VOLONTA' DI OBBLIGARSI. Lo ripetiamo, una convenzione non può intervenire dalla parte di una persona , l'obbligazione convenzionale ben suppone la *volontà di formare l'obbligazione*, volontà di cui ciascuna *interviene dal canto* di ciascuna parte ; ma non suppone più *convenzioni*. Questo primo vizio di redazione dell'articolo tanto meno si comprende, che il Pothier, guida continua dei redattori, diceva esattamente nel cominciare questa materia : «senza che intervenga alcuna convenzione *fra* le due persone» e al comma seguente « senza che sia intervenuta convenzione alcuna *fra* l'erede ed i legatarii» (n. 113). Ei si guardava bene dal parlare di una convenzione, che intervenisse sia dalla parte di una delle persone, sia dalla parte dell'altra... Del resto , se tali inesattezze di espressione si spiegano a rigore dal canto di pratici, quali erano il Tronchet, il Bigot ed altri; come comprenderle in bocca di professori? Come mai il Toullier (XI-6) e il Duranton (XIII-629), dovendo scegliere fra la locuzione del Pothier e quella del Codice, hanno potuto adottare l'ultima?

Le obbligazioni che nascono senza convenzione risultano o da un fatto dell'uomo o dalla sola autorità della legge. Il fatto dell'uomo che dà origine all'obbligazione è lecito o illecito : quando è lecito dicesi esservi quasi-contratto, quando è illecito, vi è delitto o quasi delitto , secondo che questo fatto illecito siasi compiuto con o senza intenzione di nuocere. Inoltre , il fatto *dell' uomo* intendesi qui nel suo più largo significato, abbraccia il fatto negativo come il positivo , e a dir propriamente l'omissione come la commissione; e vi sarà delitto o quasi delitto, allorquando, con o senza intenzione di nuocere, voi avrete arrecato un pregiudizio, non facendo quello che dovevate fare, del pari che quando lo avrete arrecato, facendo quel che non dovevate fare.

Dunque 1. obbligazioni che provvengono dal fatto dell' uomo (risultanti quindi da un quasi contratto, da un delitto o quasi delit-

to); 2° obbligazioni che trovansi esistere senza alcun fatto dell'uomo: tale è la divisione adottata dal Codice, copiandola dal Pothier. Siffatta divisione fa comprendere in qual senso il 3° comma dell'articolo parla *degli obblighi formati involontariamente*, in opposizione a quelli che nascono dai quasi contratti, delitti e quasi delitti, i quali sarebbero così obblighi *formati volontariamente*. Per obblighi formati volontariamente o involontariamente, la legge qui non intende quelli formanti con o senza la volontà di obbligarsi, ma sol quelli provvenienti o pur no da un fatto volontario, obbligazioni nate dal fatto dell'uomo o senza il fatto dell'uomo.

Così, quando voi mi contate 1,000 fr. che noi crediamo entrambi essermi dovuti da voi, e che punto nol sono, io mi trovo a fronte di voi in una obbligazione (quella di restituire i 1000 fr.) e questa obbligazione, per parlare come il nostro 3° comma, si è volontariamente formata, non già nel senso che siavi stata volontà di obbligarsi, chè nè voi, nè io abbiam pensato a formare un' obbligazione, ma nel senso che essa risulta da un fatto volontario, il pagamento del denaro dal canto vostro, la sua ricezione dal canto mio, e siccome il fatto è lecito, evvi allora quasi contratto. L'obbligazione nella quale trovasi il ladro di restituire quel che à rubato, si è formata volontariamente non già che siavi stata nel ladro volontà di obbligarsi, ma perchè ha volontariamente commesso, il furto che ingenera l' obbligazione; e siccome qui il fatto generatore è illecito e compiuto con la coscienza del pregiudizio arrecato, evvi delitto. Quando un proprietario la cui casa minacciava ruina l'a lasciata, per non averla fatta abbattere, o aggiustare, cadere su passaggieri che la caduta à ferito, l'obbligazione in cui è d'indennizzare le vittime, e che nasce dalla ommissione dei lavori che avrebbe dovuto fare, proviene ancora da un atto di volontà dell'obbligato, dal suo libero arbitrio; vi è stata per parte sua facoltà di prevenire il male, e volontà più o meno deliberata di omettere i lavori necessarii per evitarlo; vi è stato fatto dell'uomo: siccome allora il fatto, questo fatto di omissione, tutto che biasimevole ed illecito, non à avuto luogo con l'intenzione di arrecar il male, àvvi quasi delitto.

Al contrario l'obbligo in cui io mi trovo di amministrare come tutore la persona ed i beni di un minore si è formato, senza che siavi stato alcun atto della mia volontà, poichè la carica di tutore è forzosa. Del pari l' obbligazione in cui sono di lasciarvi entrare nel mio fondo, per prendervi i mobili che un'alluvione ha portati via dal vostro e trascinati presso di me, esiste senza che vi s a alcun fatto dell'uomo nelle circostanze che l'hanno prodotta.

II. — La distinzione del Pothier riprodotta dal Codice è dunque questa: o esiste qualche fatto dell'uomo d'onde proviene l'obbligazione, (e questo fatto è un quasi contratto, o un delitto, o un quasi delitto, secondo i casi); o questa obbligazione si forma senza alcun fatto dell'uomo, e allora in qualunque maniera, e per qualunque circostanza, l'obbligazione sia nata, si dice venire dalla legge.

Benchè si faccia così una classe a parte delle obbligazioni che vengono *dalla legge*, gli è chiaro che in definitiva tutte le altre obbligazioni, senza distinzione, vengono egualmente dalla legge: qualunque obbligazione civile viene da un principio dell'equità naturale sanzionato dalla legge positiva. — Così l'obbligazione che dicesi venir dal quasi contratto di ricezione dell'indebito, proviene da questo principio di equità consacrato dalla legge, che niuno deve arricchirsi ad altrui detrimento. «Nei quasi contratti, dice lo stesso Pothier, al quale dobbiamo la classificazione del Codice, *è la legge sola*, o *l'equità naturale* (bisognava dire, *dopo* l'equità come sanzione dell' equità) che produce l'obbligazione rendente obbligatorio il fatto da cui risulta (n.° 114).» — Nel delitto o quasi-delitto l'obbligazione nasce dalla consacrazione per parte della legge di questa massima di equità, che ogni danno arrecato (con o senza disegno di nuocere, poco monta) da un fatto condannevole debbe ripararsi dall'autore di tal fatto. — Infine nei contratti stessi che il Pothier in questo n.° 114 pare mettere in opposizione sotto questo punto di veduta coi quasi contratti, l'obbligazione viene egualmente dalla legge, la quale sanziona e fa rispettare questo principio di equità, che ognuno deve mantenere la sua parola ed adempire alla sua promessa; il che riconosce lo stesso Pothier un po' più oltre. (n.° 123).

L'obbligazione proviene dunque dalla legge in tutt' i casi possibili, tanto nelle quattro prime classi indicate dal Codice, quanto nella quinta; ma in queste quattro prime esiste accanto della legge e prima della sua intervenzione un *fatto dell'uomo*, che più non esiste nella quinta; ed il Codice si serve di un tale fatto per distinguere le diverse categorie; senza dubbio nel quinto caso ancora evvi qualche circostanza, che determina l' intervento della legge, e qui come negli altri quattro casi il legislatore non fa che sanzionare un obbligo di coscienza, di giustizia naturale, che vede preesistere: se la legge civile mi dichiara tenuto di sottopormi alla missione di tutore che mi vien deferita, gli è perchè la legge naturale non permette di lasciar senza protezione il fanciullo di cui mi si affidano gli interessi: quando la legge m'impone di for-

nire gli alimenti a mio padre indigente, non fa che consacrare un obbligo scritto nella mia coscienza. Ma siccome le svariate circostanze che possono qui incontrarsi non potrebbero allogarsi sotto una espressione generica, che tutte le abbracciasse, il Codice seguendo sempre il Pothier dinota qui come la fonte dell' obbligazione la legge medesima, il che basta per distinguere la quinta classe, poichè ciascuna delle altre quattro ha un nome differente.

Sicchè l'obbligazione proviene: 1° *dal contratto* e dalla legge: 2° *dal quasi-contratto* e dalla legge; 3° *dal delitto* e dalla legge: 4° *dal quasi delitto* e dalla legge; 5° finalmente da qualche circostanza diversa dalle quattro su indicate e *dalla legge*, la quale, tuttocchè principio comune alle cinque classi di obbligazioni, presenta così una denominazione speciale all'ultima.

III. — Il nostro articolo ci dice in due diverse riprese nel secondo e quarto comma, che le obbligazioni non convenzionali risultanti dal fatto dell'uomo derivano da un fatto personale *a colui che trovasi obbligato*. È una nuova inesattezza; chè, se il fatto obbliga il più delle volte l'autore verso un'altra persona, può talvolta eziandio obbligare al contrario questa persona verso di lui; e ciò provano gli articoli 1371 e 1375, in cui si parla di obbligazioni, che il fatto di gestione di affari da me compiuto fa nascere a mio prò contro di voi: un fatto emanato da me può dunque far nascere talvolta un obbligo in voi, ed è quindi inesatto il non presentare le obbligazioni di cui trattasi, che come risultanti da un fatto personale *a colui che trovasi obbligato*. Questa inesattezza due volte ripetuta è tanto meno scusabile, in quanto che il Pothier diceva benissimo con la sua ordinaria chiarezza e precisione; « chiamasi *quasi-contratto* il fatto di una persona, permesso dalla legge, che l'obbliga verso un' altra, *od obbliga quest'altra verso di lei*, senza che intervenga alcuna convenzione tra loro » (n. 113.).

Il Toullier, il quale al certo non critica la redazione del Codice, tutte le volte in cui sarebbe necessario, gli indirizza qui per compenso un rimprovero che non à alcuna fondamento, e nel quale l' inesattezza è tutta dal canto dell' autore. Egli pretende (XI-9 e 310) che, corretti nel modo da noi indicato, i commi 2 e 4 sono tuttora incompleti, e che è uopo mettere a fronte delle obbligazioni risultanti dalla legge, non solo quelle che derivano da un fatto personale, sia a colui che trovasi obbligato, sia a colui verso il quale si è obbligati, ma anche quelle che provengono *ad occasione di un caso fortuito*, e senz' alcun fatto dell' uomo, il che farebbe apparentemente una sesta classe di obbligazioni. Diciamo *apparentemente*; chè il Toullier non si spiega a tal riguardo, e non dice, se intende fare di questa nuova classe una categoria a parte, o farla rientrare in una delle altre: sembra anzi ch' ei consideri tali obbligazioni come formanti una semplice suddivisione del caso del delitto o del quasi delitto, chè, dopo aver consacrato il suo 1° capitolo al quasi contratto, dà ai delitti e quasi delitti un secondo capitolo, suddiviso in tre sezioni, e nell' ultima di esse tratta degli obblighi nascenti ad occasione di un caso, fortuito. Ma siccome è bene impossibile di vedere *un delitto* o *un quasi delitto* in un caso in cui non esiste *alcun fatto dell' uomo*, *alcun atto di volontà*, non si può riguardare questa divisione del Toullier, che come un manco di metodo, e fa mestieri credere aver egli inteso crear qui una sesta categoria di obbligazioni.

Checchè ne sia, è sempre vero, che il celebre professore non vuole, che queste obbligazioni siano allogate nel novero di quelle provvenienti dalla legge. Ei ne dà questa ragione, già confutata più sopra, che queste obbligazioni non provengono *dalla sola legge*, poichè vi si trova *tutt' altro che la volontà della legge*, vale a dire *il caso fortuito*; o si fonda molto sull' autorità del Domat, il quale fa altresì una classe a parte di queste *obbligazioni formate dal caso fortuito*, e ior consacra il titolo IX del secondo libro della prima parte delle *leggi civili*.

Sarebbe davvero difficile, diciamolo francamente, di men comprendere le cose, di meglio ingarbugliare dei dati chiarissimi, o di incontrarsi ancora in un guazzabuglio di false idee, di quel che qui lo faccia il Toullier, sia in quanto al fondo del suo pensiero, sia in quanto alla sua citazione del Domat; e non si sa, se ridere o affliggerai, quando soggiunge di avere scritto tutto ciò *per rettificare le idee dei giovani lettori ed abituarli a mettere dell' esattezza nei loro ragionamenti !* »

IV. — Nello stesso scopo di rettificare le idee dei giovani lettori (sì spesso falsate dal dotto professore di Rennes) e di abituarli a mettere una certa esattezza nei loro ragionamenti, dobbiamo insistere su questo nuovo errore del Toullier.

Ed in prima, l' autorità del Domat non à assolutamente nulla a che far quì. È ben vero che il Domat consacra un titolo del suo libro II alle obbligazioni che formansi *per casi fortuiti*; ma non è certo per contrapporle agli obblighi risultanti *dalla legge*, atteso che non parla in alcun luogo delle obbligazioni provvenienti dalla legge, come non parla di quelle provvenienti dai quasi contratti, o dai delitti e quasi-delitti. Il Domat in un piano che nulla

à di comune nè con quello del dritto romano, nè con quello del Codice, divide la sua materia delle obbligazioni in quattro libri, e dopo aver trattato *in particolare* nel libro 1° delle obbligazioni convenzionali (vendita, permuta, locazione, prestito, società, ec.) tratta nel suo libro II, *in particolare* e senza alcuna idea di *generalizzazione*, delle principali obbligazioni non convenzionali. Così dopo aver assegnato un titolo ai tutori, un altro ai curatori, un terzo agli amministratori delle comunità, un quarto alla gestione di affari ec. ec. ne assegna un nono ai casi fortuiti. Come dunque, allorchè il Domat procede così per *ispecialità*, senza fare alcuna categoria generale, il Toullier ha potuto imaginare d'invocarlo in appoggio della sua idea, di non classificare le obbligazioni nate ad occasione di un caso fortuito nella *generalità* delle obbligazioni provvenienti dalla legge?

Ed ora il Toullier cade in un singolare errore, quando dice, che le obbligazioni nate ad occasione dei casi fortuiti non possono allogarsi fra quelle provvenienti *dalla* SOLA *legge*, poichè v'è in tal caso *tutt' altro che la legge*, vale a dire il caso fortuito.

Abbiamo già veduto, che in tutte le obbligazioni quali che sieno havvi sempre tutto altro che la volontà della legge; che nelle obbligazioni che diconsi provenienti dalla sola legge, come nelle altre vi è sempre tutto altro che la volontà legislativa, sempre qualche circostanza che ha fatto nascere un obbligo naturale, un obbligo di coscienza, obbligo che la legge approva, sanziona e trasforma in obbligo civile. Così l'obbligazione che ho di nudrire il mio vecchio padre, una di quelle che si presentano nel sistema del Codice, come derivanti dalla sola legge, esisteva al certo in coscienza, in morale, prima che la legge civile la proclamasse. Dove mai il Toullier con la sua falsa idea classificherebbe questa obbligazione? Non fra quelle derivanti dalla sola legge, poichè havvi quì altro che l'autorità della legge; non fra quelle derivanti da un caso fortuito, poichè non vi è quì caso fortuito; farebbe dunque mestiere creare una settima categoria, poi una ottava, poi una nona... Lo ripetiamo, il Toullier prende uno strano abbaglio, quando s'immagina, che nelle obbligazioni che diconsi formare la quarta classe, e provenire dalla sola autorità della legge, non vi è altra cosa che la legge: questa autorità della legge esiste necessariamente nelle quattro prime classi così come nella quinta; parimente havvi nella quinta come nelle quattro prime qualche circostanza che fa nascere l'obbligo naturale, e per conseguenza della quale la legge interviene per formare l'obbligo civile. Questa circostanza è quì il caso fortnito, per esempio, lo straripamento che ha portato via i vostri mobili dal vostro sul mio fondo, e che mi mette nell'obbligo di dovervi fare entrare nel mio territorio per torli via. . . . Allorchè dunque il Codice parla delle obbligazioni derivanti *dalla sola legge*, la parola *sola* non ha un senso assoluto, ma relativo. Si vuol dire che *la legge* è sola, perchè non è accompagnata, nè da un contratto nè da un quasi contratto, nè da un delitto nè da un quasi delitto: ma lo ripetiamo, non si vuol dire, che sia assolutamente sola, e che non sia esistita alcuna circostanza che abbia determinato il suo intervento con la formazione di un obbligo di ragione e di equità naturale.

Come non aver compreso una idea che ci svelano insieme e la ragione e la guida che seguivano i nostri redattori e i lavori preparatorii del Codice? La ragione: poichè il buon senso dice abbastanza chiaro che il legislatore non è un ragazzo, che si diverte capricciosamente a creare delle obbligazioni pel piacere di creare delle obbligazioni, senza che alcun grave motivo, senza che alcuna circostanza particolare lo esiga, e che non ha potuto proclamare una obbligazione che là ove la giustizia, l'equità, la legge naturale l'aveva già fatta nascere. La guida de'redattori: poichè il Pothier al § 3 *della legge* spiega benissimo, *che la legge naturale* è la causa mediata e primitiva di tutte le obbligazioni; e dopo averlo fatto comprendere per i contratti, i delitti e quasi delitti, poi pei quasi contratti, fa vederlo per le obbligazioni che hanno la legge *sola* per causa *immediata* (1). Il lavori preparatorii: poichè fra gli altri passaggi che manifestano questo pensiero vi leggiamo il seguente: le obbligazioni di questa specie sono fondate su'gravi principii di morale, così profondamente scolpiti nel cuore di tutti gli uomini, che bisogna

(1) La legge naturale e l'obbligo morale ch'essa impone possono essere meno apparenti in talune obbligazioni civili che nelle altre, ma vi si rattrovano sempre. Così quando io debbo subire un'espropriazione forzata per l'esecuzione di pubblici lavori, o cedere la comunione del mio muro (come nell'ultimo esempio dato qui dal Pothier) per evitare perdite di terreno, non si viola così il mio interesse privato che per l'interesse generale; chè egli è d'interesse generale eseguire i lavori pubblici, e non rendere inutile alcuna porzione di terreno. Or il sacrifizio di qualunque interesse particolare all'interesse comune è un'obbligazione di coscienza, un dovere di morale, dovere molto più profondo, e molto più fecondo in conseguenze, di quel che generalmente credesi. Si può vedere a tal riguardo il 4.° *Studio* della nostra *Teodicea*.

fare agli altri quello desideriamo ch'essi facessero per noi nelle medesime circostanze, e che siamo obbligati di riparare i torti e i danni che abbiamo potuto arrecare. Le disposizioni di cui ascoltate la lettura sono *tutte* conseguenze più o meno lontane, ma necessarie, di queste verità eterne (Fénet, t. XIII p. 465).

Inoltre non è soltanto per questa idea, che nella generazione di ogni obbligazione, anche di quelle attribuite dal Codice alla sola autorità della legge, evvi tutt'altro che quest'autorità della legge, non è soltanto questa idea ch'è rimasta incompresa dal Toullier; gli è ancora quest'altra idea, correlativa alla prima: che l'autorità della legge è la causa da cui provengono diffinitivamente tutte le obbligazioni, tanto quelle attribuite ai contratti, quasi-contratti, ec. quanto quelle che diconsi derivare dalla sola legge. Il celebre professore su questo secondo punto à abbracciato successivamente due sistemi l'uno all'altro contraddittorio; ma falsi entrambi; di modo che non à confutato il primo errore che per cadere in un secondo: la verità sta nel mezzo dei due estremi da lui successivamente adottati. Al tomo VI (n.° 3 e 4) insegna, che *l'obbligazione non à mai altra causa efficiente che la legge civile*; poi al t. XI (n. 2. e 6) critica a lungo queste idee e professa, che se è così dell'obbligazione non convenzionale, è tutt'altro nell'*obbligazione convenzionale*, la quale *è perfetta mercè la sola volontà dell'uomo e senz'alcun bisogno dell'intervento della legge civile*... Siffatta contraddizione proviene, da che il Toullier separa due cose che sono al contrario riunite nell'obbligazione: il legame puramente morale e naturale, il legame puramente giuridico e civile. Appunto perchè trovasi, a sua insaputa, spinto successivamente dall'uno all'altro punto di vista, ed abbraccia l'oggetto or da un lato, or dall'altro, giunge successivamente a due idee contraddittorie, di cui ciascuna è vera o falsa, secondo il lato da cui la si considera, ma che sono false ed incomplete entrambe, quando si riguardano dal vero punto di vista e si abbraccia l'intero oggetto...

Senza dubbio, se si trattasse del legame puramente naturale, la seconda proposizione del Toullier sarebbe vera; e l'obbligazione sarebbe perfetta senz'alcun intervento della legge, e per la sola efficacia del dritto naturale (soltanto sarebbe evidentemente così per qualunque obbligazione, ed il Toullier sarebbe nel falso con tutti i sistemi possibili, quando vuol distinguere sotto tal rapporto l'obbligazione convenzionale da quella formata senza convenzione). Al contrario supponendo un legame puramente giuridico, puramente civile, e collocandosi sotto una legislazione organizzata, tranne le regole della coscienza e delle leggi di natura, come il dritto romano, gli è chiaro che la prima proposizione, quella del t. VI. sarà esatta, e che l'obbligazione proverrà sempre ed unicamente dalla legge civile... Non fa certo mestieri di troppa riflessione per veder questo, ed evitare di prendere abbaglio, come ha fatto il Toullier. Ma da una banda, noi qui non istudiamo l'obbligazione da filosofi, ed al punto di vista della morale; la studiamo da giureconsulti, da interpreti del Codice, ed al punto di vista del Dritto civile, il che respinge la seconda proposizione del Toullier. Da un'altra banda noi non siam più a Roma, la Dio mercè! non abbiam più che fare con una legislazione, in cui il figlio non era parente della madre, in cui ogni debito non formato secondo le forme sacramentali e le regole anti-naturali del *jus civile* nulla aveva di obbligatorio civilmente, per valido e rispettabile che potesse essere agli occhi della ragione; noi siamo sotto una legislazione che ha per base l'equità, la ragione, la natura stessa delle cose, il che rende falsa ed inaccettabile la prima proposizione del Toullier.

La verità è dunque questa; il nostro Codice intende consacrare i principii di equità; l'obbligazione nel nostro dritto francese è la riunione de' due legami morale e giuridico; è l'obbligazione naturale legalizzata e divenuta obbligazione civile con la sanzione del dritto positivo. È dunque un'idea falsa ed incompleta il dire che l'obbligazione proviene unicamente dalla legge civile, poichè essa proviene pure ed innanzi tutto dalla legge naturale. È anche un'idea falsa ed incompleta il dire che l'obbligazione possa talvolta non provenire dalla legge civile; poichè il buon senso dice abbastanza, che al di là della *legge civile* non può esservi *legame civile*. È finalmente ed anzi tutto un'idea falsa il voler distinguere a tal riguardo fra le obbligazioni formate da contratto e le altre. Laonde nella generazione di qualunque obbligazione trovasi e la legge naturale, come causa mediata, primitiva e più lontana, e la legge civile, come causa immediata, diffinitiva e più vicina. L'obbligazione implica, accanto al legame giuridico, il quale non può provvenire che dal dritto civile, il legame morale che deriva dalla coscienza. Nulla di più semplice!...

Ed a colui che, non ostante il suo genio (chè, a differenza del Pothier il Toullier aveva genio), non aveva saputo capire queste idee indicate dal Pothier; a colui che in siffatta materia delle obbligazioni aveva commesso tanti e sì gravi errori, evitati dal suo giudizioso antecessore; a colui che aveva adottato senza osservazione nè critica la deplorabile distinzione di materie sostituita dai nostri redattori al piano sì logico del giureconsulto di Orleans osa-

vasi scrivere nel 1815: «Voi potete ben vantarvi di aver *sorpassato* Pothier *e di molto*... la vostra opera è ben più dotta, *più fortemente ragionata*, e MEGLIO DISTRIBUITA della sua!...»(1)

V. — Nè è punto meglio riuscito il Toullier nel confronto che fa del sistema del Codice civile con quello del dritto romano, e nella critica che dirige a questo ultimo.

Nel sistema dei giureconsulti romani, l' obbligazione proviene da due principali fonti, il contratto e il delitto (*Contractus, Delictum* o *Maleficium*) che *sole* ricevono un nome particolare: ed all'una o all'altra di queste due fonti, secondo i casi, son rannodate ed assimilate le mille circostanze diverse, nelle quali nasce un' obbligazione, senza esservi stato nè delitto nè contratto. Così quando una obbligazione esiste senza provenire nè da un contratto nè da un delitto, si esamina se le circostanze che l'an fatto nascere, presentano o pur no qualche cosa di colpevole, di biasimevole; nella affermativa si dice che questa obbligazione trovasi formata, *come se* provenisse da UN DELITTO; nel caso contrario vien riguardata come provveniente da UN CONTRATTO. Quindi tutte le obbligazioni provengono, o *da un contratto*, o come da *un contratto*; o *da un delitto*, o come *da un delitto*: Giustiniano ne dice: *Aut* EX CONTRACTU SUNT, *aut quasi* EX CONTRACTU; *aut* EX MALEFICIO, *aut quasi* EX MALEFICIO (Inst., I, III, t. 13, § 2).

Notiamo bene che l'obbligazione allora non nasce, come presso di noi, da un *quasi contratto*, o da un *quasi delitto*, ma sibbene come da *un contratto*, come da *un delitto*: i testi romani non dicono EX QUASI CONTRACTU, EX QUASI DELICTU, ma *quasi* EX CONTRACTU, *quasi* EX DELICTU. Senza dubbio i Romani avrebbero potuto benissimo dire *quasi contractus*, *quasi maleficium*, come dicevano *quasi ususfructus*; ma siffatte espressioni non avrebbero punto nè poco resa la loro idea; e se colui a cui io pago una somma che credo dovergli ma che non gli debbo, è tenuto a rendermela, ciò non è, secondo il sistema romano *per un quasi contratto*, ma come *per un contratto*; non è perchè *vi è stato* UN QUASI PRESTITO, ma è *come se vi fosse stato* UN PRESTITO: le Instituta riproducendo i testi di Cajo ci dicono: *quasi* EX CONTRACTU *debere videtur*... PENDE AC SI *mutuum illi daretur* (t. 27 § 6). A Roma non v'erano *quasi contratti* è *quasi delitti*, non v'erano che *contratto* e *delitto*, a cui si aggiungevano poi mille circostanze innominate, inqualificate, nelle quali uno trovavasi obbligato come se fossevi stato *contratto*, o come se fossevi stato *delitto*.

Or il Toullier non ha capito, non ha neppur supposto questa differenza della teoria romana con quella adottata dal nostro Codice. E partendo dalla idea profondamente falsa che i Romani facessero, come noi, derivare le obbligazioni dai contratti, dai delitti, dai *quasi contratti*, e *quasi delitti*, lor rimprovera (XI n. 10 e 15) di non avere in alcun luogo definito i quasi contratti, e specialmente di avere allogato le obbligazioni dei tutori fra quelle provvenienti dai quasi contratti, mentre che esse non possono, a suo dire, derivare che dalla legge; poichè il tutore divenendo tale suo malgrado non v'è alcun fatto volontario che possa costituire il quasi contratto (2).

Che dire di una tale critica? Ed in pria è ben chiaro che i testi romani non han dovuto definire il quasi contratto, perchè il dritto romano non l' ammetteva... Per quanto concerne l' obbligazione forzata dei tutori, è chiara la differenza delle due legislazioni romana e francese, ed entrambe sono perfettamente logiche, finchè le obbligazioni che formansi senza contratto e senza delitto si sono considerate e designate come nascenti, non già da un quasi contratto, (cosa ed idea totalmente sconosciute), ma come da un contratto: ogni circostanza, ogni posizione (generatrice di obbligazioni) la quale non offrisse nè contratto nè delitto, e non presentasse per altro nulla di colpevole, nulla d' imputabile ad una persona, menerebbe logicamente a dire, che l' obbligazione era nata come da un contratto; è questa la posizione del tutore divenuto tale suo malgrado.

Ma dacchè si è imaginato il quasi contratto, questa causa di obbligazioni non à potuto assegnarsi *che ad una parte* di quelle che precedentemente dicevansi nascere come da un contratto; non ha potuto assegnarsi che a quelle, nella cui generazione trovavasi *un fatto dell' uomo*, un atto di volontà sul quale cadrebbe la denominazione di *quasi-contratto*...

(1) V. gli art. 1318 n. IV, 1320, n. V, e 1328 (n. III) nel presente tomo.

(2) Il Toullier invoca a tal riguardo l' autorità ben poco competente del Fergusson. — Ma in prima ei presta al filosofo scozzese una idea che costui non ha. Gli fa dire che il dritto Romano ha fatto derivare *dal quasi contratto* le obbligazioni reciproche del tutore e del pupillo, mentre che derivano *dalla legge*. Or il Fergusson non parla nè della legge, nè del quasi contratto; parla solo dell'equità e del contratto: «Thue mutual pleas of guardian and word wich arose *from equity*, were sustained in the Roman low as arising *from contract* (Instit: di filosofia mor.). — Ed ora questa idea del Fergusson è totalmente falsa: la legge romana non fa derivare le obbligazioni del tutore nè dal quasi contratto (ch'essa punto non conosce) nè dal contratto: dice soltanto che esse esistano *come se vi fosse stato contratto*, il che non impedisca certamente di avere per causa immediata la legge, e per causa prima a immediata *l'equità*.

È stato quindi mestieri, dal giorno in cui alla classe delle obbligazioni formate *come da un contratto* sostituivasi quella, meno ampia, delle obbligazioni formate *da un quasi-contratto*, aggiongere una nuova classe, una quinta categoria che ricevesse le obbligazioni che il nuovo sistema faceva emanare dalla terza, cioè quelle nella cui generazione non esisteva alcun fatto dell'uomo. Così il Codice ammette come quinta fonte l'autorità della legge, di cui non si parlava a Roma, e nella quale oggi rientra l'obbligazione forzata dei tutori.

Il Toullier si è dunque grandemente ingannato in tutto questo, come in quel che precede, ed ha fatto nascere e propagare molti errori da questi sviluppi ch'egli credeva sì bene atti a *rettificare le idee de' giovani lettori*.

VI. — Fra le obbligazioni formate involontariamente (cioè senza alcun fatto dell'uomo, senza alcun atto, positivo o negativo, della volontà, e formante quindi la quinta categoria, quella delle obbligazioni derivanti *dalla legge*) il nostro articolo alloga nominalmente le obbligazioni de' tutori o altri amministratori *che non possono ricusare le loro funzioni*, poi quelle che la legge stabilisce fra' proprietarii vicini.

La legge non parla e non doveva infatti parlare che de' tutori *che non possono ricusare*; poichè se si trattasse de' tutori o altri amministratori liberi di non accettare la missione che vien loro deferita, l'accettazione, volontaria in questo caso, della funzione e degli oneri che essa impone, presenterebbe il fatto costitutivo del quasi-contratto, ed il caso uscirebbe quindi dalla quinta categoria per rientrare nella seconda. In quanto alle obbligazioni legali esistenti fra proprietari vicini e di cui il Codice si è occupato ne' due primi capitoli del titolo *delle servitù*, le abbiamo già spiegate al loro posto, e abbiamo fatto osservare ch'esse sono delle servitù impropriamente dette (art. 639.)

La categoria delle obbligazioni, provenienti dalla legge, abbraccia, come si comprende, molte altre obbligazioni, oltre quelle che vengono qui indicate come semplice esempio. Essa comprende assolutamente e senza restrizione tutte le obbligazioni (e sono numerosissime) che non vengono nè dal contratto, o quasi-contratto, nè da' delitti o quasi delitti, e segnatamente, come l'abbiamo già detto, quelle che sono nate in conseguenza di casi fortuiti.

Dopo queste osservazioni arriviamo alle regole minute del nostro titolo, che si occuperà in due capitoli; 1° de' quasi contratti, 2° dei quasi delitti.

CAPITOLO PRIMO.

DEI QUASI-CONTRATTI

1371 (1325) I quasi-contratti sono i fatti puramente volontari dell'uomo, dai quali risulta un'obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta un'obbligazione reciproca delle due parti.

SOMMARIO

I. Critica della legge per i quasi contratti. Definizione incompleta del testo.
II. Differenti casi di quasi contratti. È forse in questo novero l'accettazione di successione? Inesatt zza dell'opinione comune a tal riguardo.
III. *Quid* delle regole di capacità in materia di questi contratti.

I. — La definizione che questo articolo ci dà del quasi contratto, senza essere ancora completa, basta per giustificare la critica che abbiamo fatta di quella che i commi 2° e 4° del nostro articolo precedente fanno delle obbligazioni che si formano senza convenzione ma volontariamente, dicendo che queste obbligazioni nascono da un fatto *personale a colui che si trova obbligato*. Essa prova che le obbligazioni reciproche, che nelle gestioni d'affari esistono tra il gerente e colui del quale à amministrato l'affare, e viceversa, e che or ora ne verremo indicate, lo une dagli artic. 1372 — 1374, le altre dall'art. 1375, sono considerate, nel sistema del Codice, come provementi tutte dal quasi contratto di gestione; e che il Codice ha pienamente adottato il sistema del Pothier, il quale dice pure « il fatto che obbliga una persona verso un'altra, *od obbliga un'altra verso lui*. »

Sarebbe stato forse più logico di non attribuire al quasi contratto di gestione di affari, che le obbligazioni del gerente nate pel fatto volontario di questo gerente, e di attribuire quelle di colui il cui affare è stato amministrato, nate da un fatto che gli è estraneo, e che è per lui l'equivalente di un caso fortuito, all'autorità della legge. Similmente, mentre che, nel caso di un tutore che accetta benevolmente, e che si trova così tenuto, non più per autorità dalla legge, ma da un quasi-contratto, l'obbligazione del pupillo o dell'interdetto, giusta il nostro articolo, dovrà essere attribuita a questo stesso quasi-contratto; essa risulterebbe sempre dalla legge nel sistema di cui noi parliamo, e sarebbe, sembraci, più logico: poichè, come mai la circostanza che il tutore è volontario invece di essere forzato, può cambiare la fonte dell'obbligazione del suo interdetto o del suo pupillo? E perchè questo povero demente, o

questo fanciullo in tenera età non si trovano legati senza alcuna conoscenza di ciò che succede, senza alcun atto di volontà tanto con un tutore libero, che con uno forzoso? La loro obbligazione non viene forse dalla sola forza della legge (la quale sanziona una regola d'equità) tanto in un caso che nell' altro?... Ci sembra dunque, che invece di proclamare, come il Toullier, più logico il sistema del Codice, che quello Romano, cui egli non ha compreso, fa d'uopo riconoscere il contrario: finchè si è trattato di obbligazioni esistenti *come vi fosse stato contratto* senza precisare la loro fonte, si è potuto logicamente farvi rientrare tutte le obbligazioni formate involontariamente, quelle dei pupilli come quelle dei tutori forzosi, come ogni altra; ma dal momento che questa classe riducevasi alle obbligazioni risultanti *dal fatto volontario* chiamato quasi-contratto, sembra che dovevano togliersene non solamente le obbligazioni involontarie dei tutori forzosi e dei loro pupilli, ma pure le obbligazioni *egualmente involontarie* del fanciullo o del demente, il cui tutore è libero... A tal modo si sarebbe detto con esattezza ciò che l' articolo precedente dice inesattamente: che le obbligazioni della seconda, terza e quarta categoria si formano *volontariamente* mercè un atto di volontà *dell'obbligato*, mercè un fatto *personale a questo obbligato*, e la distinzione sarebbe stata netta e facile a comprendersi fra le obbligazioni risultanti dal *fatto dell'obbligato*, e quelle che si formano *senza alcun fatto di quest'obbligato*... Ma, mentre sembra adottare questo sistema nell'art. 1370, la legge lo abbandona sì chiaramente nel nostro da non poterlo presentare come suo; e la distinzione legale resta fra le obbligazioni che nascono senza alcun fatto dell'uomo e quelle che derivano ad occasione di un fatto dell'uomo, (fatto indifferentemente emanato, o dall'obbligato, o dall'altra parte).

Devesi tanto meno esitare a ritenere come traduzione del pensiero della legge quest'ultima idea, e non vedere nell'art. 1370 che una redazione viziosa ed incompleta, che mal riproduce il sistema del Pothier, evidentemente adottato da redattori, in quanto che questi redattori sono in generale pochissimo esatti per tutto ciò che è definizione, ed in questo titolo altresì, noi li vediamo da una parte omettere totalmente nel cap. II. di definire i delitti e i quasi delitti... e dall'altra assegnare al quasi contratto nel nostro articolo una definizione che conviene parimenti a questi delitti e quasi delitti... Havvi quasi-contratto, giusta l'articolo, *nel fatto volontario da cui risulta un obbligo verso un terzo*; or un furto, p. es. è un fatto volontario da cui risulta un obbligo verso un terzo! Un furto sarebbe dunque un quasi-contratto?... I redattori, tutto che seguendo Pothier, àn quì omesso l'idea essenziale, e che distingue il quasi-contratto dai delitti, quasi delitti, dal fatto *lecito, non reprensibile*, idea chè Pothier esprimeva dicendo: « Chiamasi quasi-contratto il fatto di una persona, *permesso dalla legge*, che obbliga ec. (n. 113) ».

II.—Il nostro capitolo non si occupa che di due quasi-contratti, la gestione degli affari altrui (art. 1372-1377) e la ricezione dell'indebito (art. 1378-1381); ma si comprende che v' à altri casi di quasi-contratti.

I tutori, i surrogati-tutori, ec. che si sottopongono alle funzioni lor deferite in un caso, in cui potrebbero sottrarsi, dan luogo ad un quasi-contratto, poichè da una banda non interviene allora alcuna convenzione, e dall' altra essi volontariamente ne accettano il peso. L' amministrazione fatta da uno dei comproprietari di un fondo indiviso tra più persone, allorchè non vi è società tra di loro, nè mandato dato da esse al comproprietario gerente, costituisce parimenti un quasi contratto, ed i suoi effetti, come abbastanza lo indica la sua natura, regolansi per analogia dei principii del contratto di società combinati con quelli del quasi-contratto di gestione di affari altrui. Si ammette generalmente che l'accettazione di una successione presenta eziandio un caso di quasi-contratto, non già, dicesi, tra l' erede ed i creditori ereditarii, ma tra questo erede ed i legatarii. È una idea inesatta; chè se il contratto esiste allora, esiste parimenti e al modo stesso tanto verso i creditori che verso i legatarii.

Senza dubbio le obbligazioni a cui l'erede trovasi sottoposto per la sua accettazione verso i creditori ereditarii, non cominciano, non si formano al momento di questa accettazione; già pria esistevano; passano soltanto dal defunto al suo erede, presso del quale continuano ad avere la stessa fonte e la stessa data di prima; e siccome il quasi contratto è il fatto (volontario e lecito) che ingenera obbligazione, sembra bene che qui non possa esservi quasi-contratto, poichè non si genera alcun' obbligazione. Ma se l' accettazione non fa cominciare le obbligazioni di cui trattasi, non fa cominciare per l'erede, non ingenera per lui la necessità giuridica, l' obbligo di rappresentare verso i creditori la parte del suo autore, come dunque ingenera pei debitori ereditari l' obbligo di riconoscere nell' erede il sostituente ed il continuatore del defunto con tutt' i dritti di costui? Non v' è quindi nell' accettazione di successione, anche oltre quanto concerne i legati un fatto,

(volontario e lecito) producente obbligazione e che crea un legame giuridico tra le persone e per conseguenza un quasi-contratto?

Ed ora egli è esattamente così per le obbligazioni verso i legatarii. Senza dubbio i debiti di legati non passano, a differenza degli altri, dal *defunto* all' erede, poichè il defunto non vi era soggetto: senza dubbio l' obbligazione di pagare il legato ed il credito del legatario non cominciano che alla morte del testatore, e al momento preciso in cui formasi il debito (vale a dire al momento dell' apertura della successione) ricade sul capo dell' erede accettante per lo effetto retroattivo della sua accettazione. Ma dacchè *l' origine* dell' obbligazione e *la sua imposizione* alla persona dell' erede hanno luogo in pari tempo, non si dee conchiuderne, come d' ordinario suol farsi, che derivano da una stessa causa, cioè l' accettazione dell'erede. Essa è ben la causa, la quale *impone* all' erede il debito del legato (come gl' impone i debiti preesistenti verso i creditori ereditarii), ma non è la causa che fa *nascere* un tal debito... La pruova che il debito del legato, il credito del legatario non nasce dall' accettazione dell' erede, si è che, quand' anche una successione, sulla quale si fossero legati 20,000 franchi venisse ad esser rifiutata da tutti gli eredi ed altresì dallo Stato, è ben chiaro che il legatario non sarebbe men creditore de' suoi 20,000 franchi, di cui potrebbe richiedere il pagamento contro i beni ereditarii, contro la persona morale *successione*... Non è dunque l' accettazione dell' erede che fa nascere il credito del legatario, il debito del legato; questo debito nasce fin dal momento stesso della morte, indipendentemente e senza alcuna condizione di accettazione futura, per sola autorità *della legge*, la quale dà pieno valore a qualunque ultima volontà regolarmente espressa. In quanto all'accettazione, il suo unico effetto si è di far ricadere sul tale erede l'obbligo preesistente che, in caso di suo rifiuto, sarebbe ricaduto o sul tal altro erede o sullo Stato, o sulla successione stessa: e se quest'accettazione è un quasi contratto, se ingenera obbligazione, gli è qui come rispetto ai creditori ordinarii, in quanto che per essa l'erede si obbliga a prendere per suo un debito già esistente. Così nell' un caso come nell'altro le obbligazioni non nascono dal fatto di accettazione di successione; ma appunto per tal fatto l' erede se le impone, se le appropria. Così è, ripetiamole, nell' un caso come nell'altro, e non si vede perchè il Pothier (n.° 113) e dopo di lui tanti altri abbian detto, che l' accettazione forma un quasi-contratto rispetto ai legatarii soltanto.

Sarebbe, secondo noi, più vero dire non esservi qui quasi contratto, nè rispetto ai legatari nè rispetto ai creditori ereditarii: chè lo scopo dell' accettazione delle successioni non è punto quello d' ingenerare le obbligazioni propriamente dette, ma soltanto di far loro cambiar posto, facendole passare da uno in altro soggetto, e che essa quindi non è, per tali dritti personali come per i dritti reali, che un modo di trasmissione di proprietà; che la necessità giuridica in cui trovasi l' erede di sopportare come suoi i debiti della successione verso i creditori e legatarii, come altresì la necessità giuridica in cui sono i debitori ereditarii di accettare questo erede per loro creditore in luogo e vece di questa successione, non sono precisamente delle *obbligazioni* nell' accezione propria di tal parola, ma ben piuttosto semplici obbligazioni, doveri generali, provenienti dalla trasmissione del patrimonio operatasi mercè l'accettazione; che da una banda la necessità in cui sono i debitori ereditarii di avere l'erede per loro creditore altro non è che il dovere di rispettare dovunque l'altrui proprietà, essendo questo erede divenuto legalmente proprietario de'crediti ereditari; che parimente la necessità in cui è l'erede di ritener per suoi i debiti verso i creditori e i legatarii non è che un dovere risultante dal suo possesso del patrimonio attivo e passivo, e non potrebbe presentare l'idea di un obbligo propriamente detto, obbligo che la mente non sa concepire come distinto da ciascuno de'debiti che trattasi di soddisfare; che quindi e in definitiva l'accettazione di successione non è che un modo di acquisto di proprietà, e non già una causa generatrice di una obbligazione e non potrebbe quindi costituire il quasi contratto.

Pur tuttavolta, siccome l'idea di un'accettazione costitutiva del quasi contratto era quella del Pothier, ed è stata quindi senza dubbio nella mente dei redattori, siccome è stata ammessa generalmente, e non è assolutamente impossibile di ammetterla, noi pure la lasceremo sussistere, ma facendo notare che essa si applica forzosamente rispetto ai debitori e creditori del pari che rispetto ai legatarj (1).

E siccome pel fatto dell'accettazione dell'erede, i debitori ereditarii sono giusta un tal sistema nella necessità giuridica, nella specie di *obbligazione* di riconoscere questo erede per loro creditore, diviene evidente che, se un quasi

(1) E più ancora, chè mercè l'accettazione l'erede rende davvero *suoi* i debiti e crediti del defunto, i quali diventano suoi crediti e debiti *personali*: i debiti di legato al contrario rimangono dopo la sua accettazione debiti de' beni ereditati, debiti di cui l' erede non è tenuto che sino alla concorrenza di essi beni, come terzo detentore e non già personalmente.

contratto può ingenerare obbligazioni, 1° nell'autore del fatto soltanto, e 2° in terzi e nell'autore del fatto ad un tempo, può talvolta ingenerarne eziandio, 3° in terzi soltanto senza reciprocanza, di talchè la definizione del nostro articolo non aggiungendo alle obbligazioni dell'autore del fatto, che quelle *reciproche* delle parti, trovasi ancor troppo ristretta, e meno esatta di quella del Pothier.

III. — Poichè il fatto costitutivo del quasi contratto può ingenerare delle obbligazioni non solamente presso l'autore del fatto, ma anche presso un terzo e ad insaputa di questo terzo; e per consegnenza non v'à alcun bisogno della volontà di costoi, perchè il quasi-contratto si attui e produca i suoi effetti anche reciproci, ne segue che qualunque persona, eziandio quelle che son prive di ragione possono col quasi-contratto, risultante dal fatto di uno altro, obbligare quest' altro verso di loro, ed obbligarsi verso di lui. Ciò accade pei pupilli e per gl' interdetti, i cui tutori accettano bonariamente (Pothier n. 115).

Che s' egli è evidente, che non richiedesi la ragione per la formazione del quasi-contratto presso colui che non è l' autore del fatto, essa al contrario è necessaria presso quest'ultimo, poichè il quasi-contratto deve essere un fatto volontario, un atto di volontà. Il fatto di un demente, come quello di un fanciullo ancor privo di ragione non potrebbe dunque essere un quasi-contratto. Ma se fa d'uopo, che l'autore del fatto abbia l' uso della sua volontà, la piena intelligenza dei suoi atti (poichè il quasi-contratto è un fatto *volontario*) non è necessario ch'egli abbia la capacità di obbligarsi, di consentire, ed un pupillo di 18 o 20 anni sarebbe evidentemente tenuto, (poichè qui non trattasi di obbligazioni consensuali, ma di obbligazioni nascenti dal fatto medesimo e tranne quale che sia idea di obbligarsi); solamente siccome il minore è restituibile per lesione in qualunque specie di obbligazioni, eccetto quelle provvenienti dal suo delitto e quasi delitto, ei non resterebbe definitivamente obbligato che in quanto e per quanto ei fosseai arricchito. Che se vi fosse qualche colpa per parte sua, vi sarebbe allora quasi delitto, e per consegnenza ei sarebbe tenuto pel tutto (art. 1310).

Dopo l' esame di questi differenti punti, per la maggior parte di pura teoria, ma che dovevamo qui trattare, al meno per la rettitudine delle idee, giungiamo alle regole pratiche dei due quasi-contratti, di cui si occupa il Codice.

§ 1.

Della gestione di affari.

1372 [1326]. Quegli che volontariamente intraprende un affare altrui, tanto se il proprietario ne sia conscio, quanto se lo ignori, contrae un' obbligazione tacita di continuare l'amministrazione che ha incominciato, e di condurla a termine, sino a che il proprietario sia in istato di provvedervi egli stesso; deve egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo affare.

Egli è sottoposto a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.

1373 [1327]. È tenuto a continuare l' amministrazione, ancorchè il proprietario morisse prima che l' affare fosse terminato, fino a che l' erede abbia potuto intraprenderne la direzione.

1374 [1328]. È parimenti tenuto ad usare nell'amministrazione dell'affare tutte le cure di buon padre di famiglia.

Il giudice però è autorizzato a moderare la valutazione dei danni e degl' interessi che fossero derivati da colpa o da negligenza dell' amministratore, a norma delle circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell' affare.

I. — Colui che, senza mandato, imprende la gestione di un affare altrui si sottopone (ed impropriamente la legge dice *contrae*) alle obbligazioni che risulterebero da un mandato formalmente accettato per tale affare. Ei quindi debbe continuare la sua gestione, finchè il padrone, quegli il cui affare è gerito, o gli eredi del padrone possono incaricarsene da sè, e la gestione deve abbracciare tutte le dipendenze dell' affare. Ben inteso la maggiore o minore estensione di questa espressione *dipendenze* si determinerà a seconda delle circostanze. Nell' assumere l' affare, non à forse posto da banda altri gerenti di talune parti che possonsi rannodare ad un tale affare? quali son le cose di cui si è dovuto credere che ei s' incaricava? Son questi dei punti lasciati alla valutazione del giudice.

Incaricando il gerente di continuar la sua gestione sino all'arrivo degli eredi, (art. 1373), dopo la morte del padrone, la legge si è mostrata più severa verso di lui che verso di un mandatario; chè costui non vi è tenuto se non quando v'è pericolo nella mora (1991).

il gerente è infatti men favorito del mandatario, poichè s' è ingerito nell' affare, senza che alcuno ne l' avesse richiesto. Del resto se vi fosse per lui necessità di ritirarsi, vuoi dopo la morte, vuoi vivente il padrone, ei potrebbe evidentemente farlo, prendendo le le convenienti cautele, mettendo altro gerente in sua vece, avvertendo i parenti del padrone, ec., a dir breve, facendo una ritirata che null' avesse d' intempestivo o di nocivo.

Ei debbe render conto della sua gestione, e questo conto, per la ragione già indicata, debb' essere più severo di quello di un mandatario. Pur tutta volta questa severità potrà temperarsi a seconda della occorrenza dei casi. Così si dovrà incontestabilmente essere meno severo per colui che per solo attaccamento verso il suo padrone, si è incaricato di un affare in sospeso, di cui niuno voleva prendere la direzione, che verso colui che si è incaricato di un affare cui altri eran tutti disposti a gerire. Si dovrà tener conto di tali circostanze ed altre simili per la fissazione dei danni-interessi, in caso di negligenza.

Se il gerente à sostituito a sè altre persone nella sua amministrazione, il padrone avrà direttamente azione ad un tempo e contro tali persone e contro il gerente (1994 2° e 2° comma).

II. — La legge dice: sia che il proprietario *conosca* o pur no la gestione... Quando la conosce, non può dirsi forse che v'è tacito mandato ?... Vero è che l'art. 1985 non parla che di mandati dati *per iscritto* o *verbalmente*, e quindi mandati espressi. Pur non dimeno, siccome anche in Roma il mandato era un contratto puramente consensuale, non v' è dubbio che non possa formarsi tacitamente.

L' importanza della quistione è facile a capirsi. Infatti se vi è mandato tacito, allorchè il proprietario conosce la gestione, colui che gerisce, in virtù di questo tacito mandato, avrebbe dritto ad esigere il rimborso di quanto avesse sborsato in esecuzione del mandato, anche di ciò ch' era *inutile* (art.1999); mentre che, se non devesi considerar che come gerente, non avrebbe dritto che alle spese *utili* (art.1375). Evvi dunque tacito mandato, quando il proprietario conosce la gestione ?... Non è possibile risolvere questa quistione in modo assoluto, perchè gli elementi essenziali di decisione non possono trovarsi che nelle svariate circostanze di fatto. Il proprietario à potuto conoscere la gestione in generale, senza conoscere la tale o tal' altra particolarità, à potuto non avere di tali o tali altri fatti particolari che una conoscenza troppo tardiva per impedirli. È dunque una valutazione da farsi dai magistrati.

1375 [1329]. **Il proprietario il cui affare fu bene amministrato, deve adempire le obbligazioni contratte dall' amministratore in suo nome, deve tenerlo indenne da quelle che ha personalmente assunto, e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie da esso fatte.**

SOMMARIO

I. Obbligazioni del padrone verso il gerente. Che intendesi per gestione utile ?
II. Il padrone può avere, in seguito della gestione, delle obbligazioni e dei crediti diretti verso terzi. Il gerente à dritto agl' interessi delle sue spese dal giorno in cui le à fatte.
III. Colui che à gerito l'affare altrui, credendolo suo, avrebbe parimenti dritto al rimborso delle sue spese utili. Errore dello Zachariae.
IV. Colui che à gerito, non ostante il divieto del padrone, a dritto al rimborso di tanto per quanto costui trovasi arricchito. Errore del Toullier e dello Zachariae.

I. — I tre articoli precedenti ci àn presentato gli obblighi del gerente verso il padrone: questo ci presenta quelli del padrone verso il gerente. Perchè il padrone sia obbligato verso il gerente, è mestieri che siavi stato affare ben amministrato, vantaggiosamente gerito, e che si tratti di un' utile impresa. Il nostro articolo infatti non parla che del padrone, il cui affare sia stato *ben amministrato*, e non lo sottopone che al rimborso delle spese *utili*. (Dice *utili* o *necessarie*, ma è chiaro che la prima espressione abbraccia la seconda). Così mentre il mandatario avrebbe azione anche per un affare *cattivo* (1999 2° com.) il gerente non l' avrà, il che è giustissimo.

Ma per sapere se una impresa era o pur no utile, non bisogna attenersi assolutamente al risultato definitivo, è considerare unicamente il profitto attuale che ne ricava il padrone. È uopo rimontare all'origine dell'operazione: può avvenire che un affare sia stato utilissimo ad intraprendersi, e che sia sopraggiunto poi un accidente impreveduto a renderne non proficuo il risultato. Così sol quando trattasi di un' impresa cattiva in sè stessa, e sin dal principio, di una spesa davvero inutile e fatta imprudentemente, il padrone nulla deve; il gerente paga allora il giusto fio della sua temerità.

II. — Il gerente à potuto contrarre delle obbligazioni, vuoi in nome del padrone, vuoi in suo proprio nome. Il padrone deve indennizzarlo di queste ultime obbligazioni, il cui adempimento è imposto al gerente, e deve

adempire egli stesso direttamente le prime; di tal che per effetto della gestione, il padrone può avere obblighi diretti verso terzi, come può avere contro di essi crediti diretti.

Del resto, anche quando il gerente si è obbligato in suo nome personale, il terzo oltre dell' azione che à contro il gerente, à puro azione contro il padrone per analogia del caso di mandato (1998), e per evitare il circuito di azioni. Reciprocamente il terzo non avrebbe azione contro il padrone (anche quando il gerente à contrattato in nome di costui), allorchè l'affare è inutile, poichè in questo caso d' inutilità il padrone a nulla è tenuto ..Il terzo non à in tal caso regresso contro il gerente, che può citare fondandosi non già su di un contratto, poichè il contratto non era fatto in nome di questo gerente, ma su di un quasi delitto, sul danno che gli arreca l' imprudenza del gerente (articoli 1382-1383).

Egli è evidente che, per analogia dal mandato (2001) il gerente à dritto agl' interessi delle sue spese, dal giorno stesso in cui le à fatte. Ben lo prova l' art. 2028, poichè concede il regresso per gl'interessi a qualunque garante che à pagato pel debitore, senza distinguere se avesse o pur no missione di garentire, vale a dire se avesse avuto mandato o semplice gestione.

III. — Lo Zachariae (III, p. 182) insegna, che le regole suindicate non si applicherebbero a colui che non à gerito l' affaro altrui se non per errore, e credendo fare il suo proprio. Dice che non avrebbe regresso se non pel montare del beneficio diffinitivo che ne ritrae il padrone, e non pel montare integrale delle sue spese, tutto che fatte utilmente, in circostanze in cui il padrone le avrebbe certamente fatte, e non avendo mancato di dare il risultato diffinitivo che se ne sperava, se non per qualche particolare accidente. La sua idea si è che il padrone non è allora tenuto *che per l' autorità della legge*, giusta il principio che niuno deve arricchirsi a danno altrui, e non già pel quasi contratto di gestione di affari, perchè il gerente non aveva avuto l' intenzione *di obbligare altrui*, ignorando che fosse affare altrui. . . Gli è questo, secondo noi, un errore, ed il quasi-contratto di gestione debbe vedersi in qualunque gestione dell' affare altrui, anche fatta senza l' idea che fosse affare altrui, e senza l' intenzione perciò di obbligare altrui.

Nella ricezione dell' indebito, io mi trovo obbligato di pagarvi i 1,000 fr. che ho ricevuto, senza che mi fossero dovuti: io non aveva l' intenzione di obbligarmi e voi non avevate quella di obbligarmi verso di voi. Se il fatto dunque costitutivo del quasi-contratto dev' essere volontario, vale a dire un atto della volontà, non è necessario che sia volontario, nel senso che sia fatto senza errore sulla sua natura e con la volontà di obbligarsi. È questo un punto già spiegato più sopra... L' equità non è forse di accordo con tai principii? dacchè io ho per voi sborsato il mio denaro utilmente, ed in un caso in cui voi stesso l' avreste sborsato, non dovete tenermene conto.

IV. — Non potremmo neppure ammettere quest' altra idea dello stesso autore, tuttochè sia pur quella del Toullier (XI-55 e 62), che colui che à gerito l' affare di una persona, ad onta del suo divieto, *nulla* può reclamare, neppur quello di cui costei trovasi arricchita, e che debba legalmente reputarsi aver inteso *far dono* del suo denaro. Non sappiamo intendere, come interpetri del Codice civile, tanto amici dell' equità, si sforzino così di riprodurre questa dottrina di Giustiniano, sulla quale gli stessi giureconsulti Romani eran divisi, e già respinta dal Pothier (*Q. C. neg. gest.*; n. 181). Uno dei principii fondamentali del nostro Codice civile si è, che niuno debba arricchirsi a danno di chicchessia, anche di un ladro. Voi dovete dunque rimborsarmi di quello di cui vi siete arricchito con la mia spesa.

La dottrina del Toullier su questo punto è davvero incredibile. Ei dice che, per esservi luogo all' applicazione della regola che niuno deve arricchirsi a spese altrui, son necessarie due condizioni, 1° che ciò sia *cum alterius detrimento*; e 2° che sia *cum injuria*, cioè *sine jure*, contrariamente ai principii del Codice, e soggiunge che niuna di queste *due* condizioni si rattrova nel caso in cui uno si mischia degli affari altrui contro suo divieto formale e speciale... Ma pria di tutto, siccome il *cum alterius detrimento* sarebbe una condizione di applicazione del divieto di arricchirsi *a spese altrui*, poichè al contrario è un elemento costitutivo di questa proibizione, perchè il *cum detrimento alterius* significa precisamente: *a spese altrui* ?... D' altronde come mai il Toullier può dire, che il detrimento altrui non esiste, quando è appunto per le spese da me fatte che voi vi arrichite ?... In quanto all' idea che il danno non è qui cagionato *injuria, sine jure*, e che è conforme alle regole del dritto, è precisamente la quistione mercè la quistione. Che fosse conforme ai principii Romani, noi lo crediamo, benchè il punto fosse stato controvertito a Roma, ma è certo ch' esso è contrario ai principii del Codice, che non vuole che uno si arrichisca *moi* a spese di un terzo, anche quando questo terzo è *in colpa e di*

mala fede. E segnatamente si vede dall' articolo 555 *che cambia la regola del dritto Romano* per dire, che colui che ha costruito, o piantato di *mala fede* sull' altrui terreno, debb' essere indennizzato, mentre che a Roma per la sua colpa era riputato aver donato: *donasse videtur* (art. 555-n. VI).

§ 2.

Della ricezione delle cose.

1376 [1330]. Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, resta obbligato a restituirlo a quello da cui lo ha indebitamente ricevuto.

1377 [1331]. Quando una persona che per errore si credeva debitrice, ha pagato un debito, essa ha il diritto della ripetizione contra il creditore.

Tale diritto però cessa quando il creditore in conseguenza del pagamento si è privato del suo documento relativo al credito; nel qual caso è salvo il regresso a colui che ha pagato contro il vero debitore.

SOMMARIO

I. Questi due articoli prevedono due casi distinti: e secondo il primo articolo la cosa può essere ripetuta (come cosa pagata) per ciò solo che colui che l'ha ricevuta non era creditore; Errore del Toullier e dello Zachariae.
II. Nel secondo articolo l' errore di dritto e quello del fatto danno luogo alla ripetiziono.
III. Decisione inammessibile di alcuni giureconsulti Romani. Colui che per errore paga prima del termine à il dritto di ripetere. Errore del Toullier e dello Zachariae.
IV. Quando il creditore al quale ho pagato per errore ciò che io non doveva, ha soppresso il suo titolo, s'egli ha agito di buona fede, cessa la ripetizione.

I. — Questi due articoli prevedono due casi distinti. Nell' art. 1376, colui che ha ricevuto il pagamento (pagamento puramente apparente) non era creditore, non gli si doveva nulla, ad un altro era dovuta la cosa ovvero non era dovuta ad alcuno. Al contrario nell' art. 1377 colui che avea ricevuto il pagamento era veramente creditore, solamente colui che l' ha pagato non era il debitore.

Nel secondo caso, quando colui che ha ricevuto era il creditore, colui che l' à pagato senza dovere non è ammesso a ripetere che in quanto lo ha fatto *per errore*, perchè in fatti è ben naturale di considerare colui che mi ha pagato una somma, o un cavallo o tutt'altro oggetto, ben sapendo ch'egli non mel doveva, come pagato per conto di quests persona, di cui egli ha così amministrato l' affare. Il pagamento sarà dunque validamente ricevuto, e colui che l' ha così fatto, senza errore, nulla potrà reclamar da me. Avrà il suo regresso coll' azione *negotiorum gestorum* contro colui pel quale egli ha pagato. . .

Nel primo caso, al contrario, egli avrà sempre luogo a ripetere la cosa, perchè pagata indebitamente, senza distinguere se vi è stato errore, o pur no; e colui che, sapendo benissimo nulla dovermi, fosse venuto, sotto pretesto di un pagamento al quale io stesso ho creduto, a versarmi una somma (forse per metterla così in deposito presso una cassa ov' egli temeva non si volesse a questo titolo ricevere) potrà sempre riprenderla.

Ben altrimenti era a Roma. La ripetizione non era ammessa, che quando la cosa indebita era stata data per errore; e sempre che lo fosse stato a disegno, *consulto*, il dritto romano vi scorgeva una donazione: *cuius per errorem dati repetitio est, ejus consulto doti donatio est* (Dig. lib. 50, t. 17, 53). Si vede che il nostro Codice fedele al suo principio di equità ha rigettato anche qui questo sistema poco equo di donazione presunta. Gli è vero che il Toullier (XI 60 e 61) e lo Zachariae (III p. 183 e 185) vedono in questi articoli la consacrazione del dritto Romano. Ma è un errore che respingono tanto i testi medesimi degli articoli, quanto lo spirito della legge.

L' argomento del Toullier (lo Zachariae non ne dà *alcuno*) consiste nel dire che le parole *per errore* o *scientemente* dell' art. 1376 provano che le espressioni per *errore* sono messe a disegno nell' art. 1377 e come esprimenti una condizione indispensabile... Senza dubbio l'errore è indispensabile nell'art. 1377, ma quest'ultimo articolo non è fatto che pel caso di un *effettivo creditore*, al quale io ho pagato il suo credito: ed in quanto al caso ben differente in cui ho pagato ad una persona *ciò che non le era dovuto*, vien prevedute dall' art. 1376 che si guarda bene di esigere, che colui il quale ha pagato, l' abbia fatto per errore. Come dunque il Toullier non ha egli veduto che i due articoli non prevedevano lo stesso caso?...

Sicchè, quando la cosa liberata non era dovuta, essa può, anche senza condizione di errore, essere ripresa come cosa *pagata*... Noi diciamo *come cosa pagata*. Poichè se fosse stata data, non a titolo di pagamento, ma a titolo di donazione, la ripetizione non sarebbe sempre possibile. Essa potrebbe esserlo, vista la nullità della donazione, se la cosa fosse un immobile; ma la donazione potrebbe essere efficace e far cessare il dritto di ripe-

tizione, se la cosa fosse mobile (Ved. art.931, n. III e 1235 n. I).

Spetterebbe ben inteso a colui che viene ad esercitare la ripetizione di giustificare la sua pretesa provando questi tre punti: ch' egli ha consegnato la cosa, che l'à data a titolo di pagamento, e che non pertanto la non era dovuta. Si sa inoltre che non può riscuotersi una cosa come indebitamente pagata, quando vi è debito naturale, e ci basta di rinviare su questo punto alla nostra spiegazione dell' art. 1235.

II. — Quando la ripetizione si fonda su che si è fatto il pagamento per errore, è forse sufficiente un errore di dritto, ovvero l' errore del fatto debbesi sol considerare?

Il dritto romano, almeno in generale, non ammetteva che l' errore di fatto; ma la generalità dei termini degli art. 1235, 1376 e 1377 più non permette distinguere tra l'uno e l' altro errore. Poichè non può credersi, a fronte della controversia esistita su tal punto fra i nostri antichi dottori, che i redattori del Codice abbiano riguardato l'inefficacia dell' errore di dritto come quella che va da sè. Gli è tanto meno ammessibile chè, ne' casi particolari in cui questo errore è lor sembrato dover restare senza effetto, essi ànno avuto cura di dichiararlo in disposizioni espresse, le quali sarebbero state inutili, se tale non fosse stata la regola generale(art.1356, 2052). Lo spirito del nostro Codice civile non è men concludente; poichè se si suppone un uomo completamente ignorante, il quale ha immaginato che la sua qualità di legatario metteva a suo carico tal debito che concerneva solo l' erede legittimo, le più chiare regole di giustizia e di equità naturale non esigono forse, che gli si restituisca la somma, e che si riconosca non essere stato pagato da lui che in questa erronea convinzione (1)?

III. — I giureconsulti Marcello, Celso ed Ulpiano (Dig., l. 12, l. VI. § 13 in fine), insegnavano che, se colui che deve alternativamente due cose, e che può liberarsi mercè una di esse a sua scelta, le à consegnate entrambe, spetta al creditore molestato in ripetizione di rendere quella ch' egli vorrà, perchè egli è divenuto debitore. Gli è evidente che siffatta decisione, rigettata a Roma anche da Giuliano e Papiniano, e definitivamente respinta nel Codice Giustinianeo (l. 4, t. 5 e 10) non potrebbe essere oggidì ammessa. Sotto il Codice Civile il creditore non può mai conservare oltre quanto gli è dovuto: io vi doveva il tale o tal altro oggetto, era padrone di consegnarvi quello che mi conveniva di scegliere: spetta dunque a me di riprendere quello che vorrò per [asc] l' altro in pagamento, similmente se il [de]bitore alternativo non à consegnato una delle due cose, che sol perchè ignorava la natura alternativa del debito, non è a mettersi in dubbio, ad onta della contraria decisione di Celso (Dig. l. 31, 19), che non abbia il dritto di riprenderla per consegnare invece l'altra. In nun caso, senza eccezione, lo ripetiamo, il creditore non potrà sotto il Codice civile trarre profitto dall'errore del suo debitore. Sempre secondo questo principio di equità ed ormai di dritto civile, il debitore a termine il quale, nella ignoranza del termine, paghi immediatamente ciò che non deve che in un' epoca più remota, può, siccome l' abbiamo stabilito all' art. 1186, ripetere quanto à pagato per goderne fino alla scadenza del debito. Senza dubbio quando espressamente il debitore à pagato, non può più ripetere, chè con ciò à rinunziato al benefizio del termine; così l'intende l' art. 1186, come lo provano le parole dell' Oratore del governo innanzi al Corpo legislativo. Ma quando un erede, il cui autore vi doveva 20,000 fr. pagabili in tre anni, prova ch'egli non vi à pagato all'istante che nell'ignoranza di questo termine di tre anni, in qual modo e con quale dritto vi approprierestc i 3,000 fr. d' interessi che non vi erano dovuti?

Il Toullier (XI-59 e 60) imbevuto sempre di questo sistema formalista, infranto dal nostro Codice, decide nondimeno il contrario, e lo Zachariae (III, p. 185) adotta pure tale dottrina.

Non può ripetersi, dice il Toullier, che sol quello che non era dovuto; ora ad onta del termine la cosa è dovuta... Sì, ad onta del termine, la cosa è dovuta in quanto al *capitale*, in quanto al *fondo*, ma il godimento, gl' interessi non son dovuti, ed è questo godimento ch' io voglio e posso ripetere. Senza dubbio i 20,000 fr. di capitale mi erano dovuti, ma i 3,000 fr. d'interessi che produrranno dal 1847 al 1850 vi eran forse dovuti? — « Se » trattasi di un corpo certo, continua il » Toullier, la proprietà mi si apparteneva » prima del termine; e ricevendo prima della » scadenza, io non acquisto in più che il pos» sesso il quale, unito alla proprietà, mi dà » il titolo più forte che possa mai aversi» Quali puerilità, e come appagarsi così di parole? Che significa il vostro *titolo*, che niuno contesta, e la vostra *proprietà* che niuno critica?... Questo possesso attuale da cui desumete sì forti argomenti per uscire dalla quistione, non vi era dovuto, e non vi si è conferito che *per errore*, esso riunisce dunque

(1) Toullier (XI-63), Duranton (X-127 e 12?) Zachariae (III, p. 183).

le due condizioni volute per la ripetizione. — « Ma in fine, dice il Toullier, colui che soffre un pregiudizio, non può domandarne » la riparazione che a colui per colpa del quale è succeduto; qui il reclamante è in colpa di aver pagato anticipatamente; e s'egli dice averlo fatto per errore, gli si risponderà che questo errore è tutto sua propria colpa. » Sia pure, il Toullier giunge qui appuntino a cancellar dal Codice per tutti i casi la ripetizione dell'indebito. In tutti i casi in fatti si dirà al reclamante: se il vostro errore vi à fatto pagare ciò che non dovevate, questo errore è tutta vostra colpa, e non dovrete quindi prendervela che con voi stesso... chi non vede che questa idea di colpa non entra per nulla nella nostra quistione; poichè il debitore non argomenta dagli art. 1382 e 1383, ma dal nostro art. 1377? Tutto quel che v'è a dire in quanto a questa idea di colpa si è che, se colui che à ricevuto l'indebito nel nostro caso, come in tutt'altro, soffre qualche pregindizio per la restituzione che deve fare, ei potrà, mentre restituisce, farsi indennizzare del torto che proverrebbe dalla negligenza e disattenzione di colui che l'à pagato. Lasciamo dunque tutto il guazzabuglio delle false idee del Toullier per rivenire a questa proposizione ben semplice. Del pari che colui che pagando troppo tardi, paga meno di quanto doveva, *minus solvit qui tardius solvit*, colui che paga troppo presto, paga più. Quando dunque ha pagato *per errore*, egli può perciò reclamare come indebito quel che à pagato in più di quanto doveva.

IV. — Nel caso stesso in cui il pagamento fatto a colui che era davvero creditore, ma da tutt'altri che dal debitore, non à luogo che per errore e senza alcun pensiero quindi di gestione dell'affare di esso debitore, (solo caso, come si è veduto, in cui la ripetizione sia allora possibile), la ripetizione più non à luogo, giusta il secondo comma dell'art. 1377, se il creditore, in seguito del pagamento, à soppresso di buona fede il suo titolo, e colui che à pagato non ha regresso che contro il debitore di cui à estinto il debito. Noi diciamo: se il creditore à soppresso il suo titolo *in buona fede*, vale a dire se ignorava che colui che l'à pagato non fosse suo debitore. Chè, sebbene l'articolo non ne parli, siffatta circostanza è evidentemente necessaria, ed è nel pensiero della legge. « Se » il creditore, *essendo in buona fede*, dice il » rapporto al Tribunato, avesse, in seguito » del pagamento, soppresso il suo titolo di » credito, non potrebbe allora, senza ingiustizia, esser reso vittima. Devesi imputare a colui che l'à mal a proposito pagato » l'annullamento del titolo: egli solo è responsabile delle conseguenze » (Fenet, t. XIII, p. 4773).

Questa distinzione fra la buona e la mala fede di colui che ha ricevuto l'oggetto indebito, serve di base alle disposizioni dei tre articoli seguenti, che determinano l'estensione dell'obbligazione di restituire.

Si comprende bene, inoltre, che colui è di buona fede, il quale crede che la cosa gli è dovuta e la riceve e possiede come sua, mentre la mala fede consiste a serbare questa cosa, quando ben si sa non avervi alcun dritto.

1378 (1332). Se quegli che ha ricevuto il pagamento era in mala fede, è tenuto a restituire, tanto il capitale che gli interessi o i frutti dal giorno del pagamento.

1379 [1333]. Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuta, è obbligato a restituirlo in natura, quando esista; o il suo valore, quando sia perita o deteriorata per di lui colpa; è altresì risponsabile della sua perdita per caso fortuito, se l'ha ricevuto in mala fede.

1380 [1334]. Chi ha venduto la cosa ricevuta in buona fede, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita.

SOMMARIO.

I. Estensione dell'obbligazione di restituire, secondo che trattasi di cose indeterminate o determinate, e secondo la buona o cattiva fede del possessore.
II. Cattiva redazione dell'art. 1379: esso intende per *colpa* la *mala fede*. Cagione di questo vizio di redazione non spiegata dagli autori.
III. Quando l'immobile indebitamente ricevuto è stato acquistato da un terzo, può restituirsi? Controversia, soluzione affermativa.

I. — Il primo di questi tre articoli applicasi alle cose indeterminate; il secondo ed il terzo alle cose determinate individualmente, o corpi certi.

In caso di somma di denaro o altre cose *quae numero, pondere, mensurave constant*, colui che le ha indebitamente ricevute, sia di buona o di mala fede, deve rendere le stesse così identicamente o altre simili in qualità e quantità. S'egli è stato di buona fede la sua obbligazione finisce qui, e non deve, interessi, ancorchè ne avesse egli stesso per-

ercpiti. A differenza del dritto romano, il nostro Codice non lo considera unicamente come debitore, ma pure come possessore e gli permette in conseguenza di far suoi i frutti per la sua buona fede. La disposizione è giusta, poichè trattasi di un debitore che ignora il suo debito, e che credesi proprietario della cosa. S'egli è stato di mala fede, deve pagare inoltre o il valore estimativo delle cose, o se trattasi di somme di denaro gl' interessi di queste somme, quand' anche ei non li avesse percepiti. Se essendo stato di buona fede al giorno della ricezione, ha cominciato ad essere di mala fede in un'epoca più remota ed intermedia fra la ricezione e la restituzione, dal giorno in cui la sua mala fede è cominciata, deve gl'interessi, poichè ha cessato di essere di buona fede, e il possessore di buona fede soltanto può far suoi i frutti.

Se trattasi di un immobile, o di un mobile determinato in *individuo*, colui che l' ha ricevuto deve renderlo in natura, se lo possiede ancora; e per ciò che sua frutti, si applica la sopra detta distinzione. Inoltre s'egli era di buona fede, non risponde nè dei deterioramenti, nè della perdita proveniente dalla sua mancanza di cura (nonostante il testo dell'art. 1379), in modo ch' ei trovasi liberato per questa perdita, e s' egli l'ha alienato, non deve che il prezzo che ne ha ricavato, sebbene inferiore al valore reale (art. 1380). Se, al contrario egli era di mala fede al momento del deterioramenti, della perdita o dell' alienazione, egli deve in caso di perdita o di alienazione restituire il valore reale, ed in caso di deterioramento indennizzarne il proprietario, quand' anche questi deterioramenti o questa perdita fossero succedute per caso fortuito (1379). Sarebbe nondimeno al coverto di questa responsabilità de' casi fortuiti, se provasse che l'oggetto gli avrebbe egualmente subiti presso il proprietario (art. 1302): poichè il principio del dritto francese, che niuno debbesi arricchire a spese altrui e nè anche a spese di un uomo poco onesto, non permetterebbe al proprietario di farsi indennizzare di un pregiudizio che avrebbe egualmente sofferto, quand' anche il pagamento indebito non avesse avuto luogo.

II. — Or ora abbiam detto che, nel caso di un corpo certo, colui che lo ha ricevuto e lo possedeva di buona fede, non è responsabile dei deterioramenti nè della perdita proveniente dal suo fatto, o dalla negligenza ch' egli ha usata al mantenimento o alla conservazione della cosa. È vero che l' art. 1379 sembra dire il contrario, ma la regola da noi espressa è definitivamente quella che contiene la redazione viziosa dell' articolo.

L' articolo, infatti, oppone al possessore di mala fede colui che ha fatto perire e deteriorare la cosa per *colpa sua*. Ora non può riguardarsi, in colpa in faccia di un' altra persona, colui che non ha trascurato una cosa, e non l'ha lasciata deteriorare o perire, che sol perchè la credeva sua e pensava non doverne dar conto a chicchessia : *qui re sua abuti putavit, nullae querelae subjectus est*: colui solo può essere in colpa, il quale pensava che la cosa non gli apparteneva ; ora avere questa idea si è precisamente essere possessore di mala fede. Dunque quando il nostro articolo dice, che il valore della cosa è dovuto, se essa perita o deteriorata *per colpa* del possessore, con ciò stesso dice : se essa è perita o si è deteriorata di *mala fede* da parte del possessore. Questa regola di piena giustizia era quella del Pothier (*Prestito di consumo* n. 170, 171), essa è applicata dal Codice stesso nell' art. 1631 ; e gli interpreti del nostro articolo, segnatamente il Delvincourt, il Toullier (XI-102) e lo Zachariae (III p. 186) riconoscono bene che tale è il suo pensiero. Soltanto, nessuno di questi interpreti ha reso conto dell' opposizione che il mezzo dell' articolo, così compreso, presenta con la sua disposizione finale.

Questa opposizione, a parer nostro, si spiega benissimo con la cattiva redazione del Codice. Osserviamo in fatti, che la fine dell' articolo non parla di colui che era di mala fede al momento del caso fortuito di cui si tratta; ma di colui *che à ricevuto la cosa di mala fede*, (del pari che l'articolo seguente invece di parlare come doveva farlo, di colui che à venduto la cosa di buona fede, parla di colui che ha venduto la cosa di buona fede). Val quanto dire che il Codice, con una redazione mal ponderata ed inesatta, non ha qualificata la buona o mala fede che pel momento della ricezione della cosa, e ha fatto astrazione, non col pensiero o a disegno, ma con i suoi termini, della mala fede che sopravviene posteriormente.

Perciò la perdita o deterioramenti surcessi (dopo una ricezione di buona fede) *per una colpa*, cioè a dire per un fatto riprensibile e imputabile, e quindi per un fatto che è un atto di mala fede, non ha ricevuto per parte dei redattori questa qualifica di mala fede, e questa mala fede sopravvenuta subito dopo, trovasi posta sotto il semplice nome di *colpa*, in opposizione alla mala fede originaria, la sola che il Codice qui chiama col suo nome. Ma egli è ben evidente che questa inesattezza e questa insufficienza di redazione punto non tolgono, che qualunque nozione abbia la persona del suo manco di dritto sulla cosa ne costituisce la mala fede,

in quale che siasi momento le giunga siffatta conoscenza, e che tutte le regole stabilite dal Codice per la mala fede esistente *ab origine* non debbono applicarsi alla mala fede sopravvenuta *a parte post*.

III. — È un punto controvertito quello di sapere, se l'immobile che una persona ha indebitamente ricevuto e poscia alienato, può revindicarsi tra le mani del terzo acquirente da colui che l'à indebitamente pagato. Il Toullier (XI-97-99) si decide per la negativa, ma il Duranton adotta l'affermativa (XII-683), e noi crediamo che quest' ultima dottrina sia la sola vera. È nostra opinione che qui come per la celebre quistione delle alienazioni fatte dall' erede apparente (art. 137, n. IV.) i diversi argomenti che si oppongono al dritto di revindica non sono che delle obbiezioni, delle ragioni per dubitare che nulla ànno da fare nella soluzione, e che il solo e vero motivo di decidere trovasi in questa idea ben semplice : non possonsi trasferire dritti che non si ànno per sè stesso, o l' alienazione fatta da un non-proprietario punto non rende proprietario l' acquirente (art. 1599, 1664, 2125, 2182 ec.): or colui che à ricevuto in preteso pagamento un immobile che non gli era dovuto, non à potuto divenirne proprietario, poichè non se glie ne è fatta la consegna che per errore e su di una falsa causa (art. 1109, 1131); e per conseguenza colui al quale egli la à trasmesso, molto meno ne è il proprietario. E non potrebbe essere altrimenti, che mercè una eccezione apportata per questo caso ai principii generali ; or questa eccezione punto non esiste nel Codice. A questa dottrina si fanno delle obiezioni che ci sembrano ben deboli. Dicesi in prima che la revindica contro il terzo non era ammessa a Roma : è verissimo ; ma si dimentica troppo spesso che noi non siamo a Roma, e mentre il dritto romano qui trattava il creditore putativo come un vero proprietario, semplice debitore della cosa, si è veduto che il nostro Codice lo considera, e con ragione, come possessore di buona o mala fede, secondo i casi. Or un possessore anche di buona fede non è un proprietario. — Dicesi ancora che colui al quale lo ò indebitamente pagato, è *personalmente obbligato* di restituirmi, o che siccome trattasi di una obbligazione, di un rapporto di persona a persona, il mio dritto di reclamazione non esiste che rispetto a lui. Ma egli è ben evidente che non si può conchiudere da che la persona è obbligata di restituire l' immobile, ch' essa ne sia proprietaria, nè da che io ò contro di lei un dritto personale, che pur non abbia il mio dritto reale. — Dicesi infine che, se il legislatore non avesse inteso sopprimere per questo caso il dritto di revindica contro i terzi, non avrebbe scritto l' art. 1380, poichè se io aveva il dritto di riprendere il mio bene dalle mani del compratore, non si sarebbero dato la pena di fare questo articolo per riserbarmi il dritto di domandarne il prezzo all' alienante, specialmente pel caso in cui questo prezzo fosse inferiore al vero valore, caso in cui io avrei molto più vantaggio a riprendere il mio bene in natura. Ma oltre che questo art. 1380 proclamando il mio dritto di reclamare il prezzo, non parla affatto di sopprimere il mio dritto di revindicare il bene, questo articolo sarebbe d' altronde inutile, anche al punto di vista in cui qui collocasi il sistema contrario per le cose mobili, poichè per esse la revindica sarà sempre impossibile, giusta la disposizione dell' art. 2279 (che rende l' acquirente proprietario per effetto immediato del suo possesso,) e questo caso di cose mobili sarà precisamente il più frequente.

Potrebbesi infine argomentare, tutto che non siasi fatto fin qui, dai lavori preparatorii, almeno pel caso di pagamento ricevuto di buona fede. Poichè leggesi nel rapporto fatto a nome del Tribunato innanzi al Corpo Legislativo che, solo nel caso di mala fede, la vendita non toglierà al proprietario il dritto di revindica (Fénet, III, p. 487). Ma questo rapporto contiene tante opinioni inesatte, segnatamente l' idea confutata di sopra che i due art. 1376 e 1377 non prevedono che un solo e medesimo caso (*ibid*. p. 484), e quest' altra, rigettata a ragione da tutti gli autori e dallo stesso Toullier, che anche il possessore di buona fede risponde della perdita e dei deterioramenti avvenuti per fatto suo (*ibid*., p. 486), che è ben impossibile di accettarla come la vera espressione del pensiero legislativo, quando è in opposizione coi principii.

Fa dunque mestieri attenersi alle idee da noi presentate, o lo stesso Toullier confessa implicitamente l' aggiustatezza di queste idee, quando dice (n.98): «egli è vero che il vendito» re non aveva se non una proprietà revocabi» le e che giusta gli art. 2125 e 2182 il ven» ditore non trasmette che i dritti ch' egli » stesso aveva, affetti dalle medesime riso» luzioni, ma questo principio soffre un'*ec*» *cezione unica* nel nostro caso. » Ov' è dunque formolata questa eccezione di cui si è in obbligo di confessar la necessità? In niun luogo ; ed in conseguenza i principii rimangono in tutto il loro vigore : ciò riconosce implicitamente un arresto di cassazione del 11 apr. 1838 (Dev. 38, 1, 306). Del resto quando l' alienazione si è fatta di buona fede, l'attore in evizione sarà tenuto di rimborsare al-

l'alienante tutto ciò che costui pagherebbe all' acquirente al di là del prezzo ricevuto. È evidente, poichè l'art. 1380 vuole che il venditore di buona fede non abbia mai a rendere al di là del prezzo della vendita. È di tutta giustizia infatti, perchè se colui che à di buona fede ricevuto l'indebito pagamento nulla deve guadagnarvi, (salvo i frutti che può avere come possessore di buona fede), nulla deve neppur perdervi, e se un pregiudizio qualunque debbesi soffrire, evidentemente lo è da colui, la imprudenza e disattenzione del quale ne sono la cagione.

1381 [1335]. Colui al quale è restituibile la cosa, deve rimborsare anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della stessa cosa.

I. — Questo articolo relativo, come i due precedenti, al caso di un immobile o di un mobile determinato *in individuo*, e che prevede la restituzione fatta in natura di esso mobile o immobile, ci offre una redazione inesatta ed incompleta. — È inesatta parlando di spese *necessarie ed utili* fatte *per la conservazione della cosa*. Chè ogni spesa fatta per la conservazione della cosa è una spesa necessaria; di tal che vi è ad un tempo pleonasmo nelle parole *necessarie e fatte per la conservazione*, poi contraddizione tra queste parole e l'aggettivo *utile*. Era duopo dire: spese necessarie, *vale a dire* fatte per la conservazione. — Essa è con ciò stesso incompleta, poichè non regola la sorte nè delle spese *utili*, vale a dire fatte non per la conservazione, ma pel miglioramento, nè delle spese *voluttuarie* o di semplice piacere. Arrogi ancora, che una sola e medesima spesa può essere necessaria per una parte, semplicemente utile per un'altra parte, e puramente voluttuaria pel resto, e che sarebbe mestieri applicare a ciascuna frazione di questa spesa unica le regole relative a ciascuna specie di spese.

II. — Le spese fatte per la conservazione della cosa debbono, giusta il nostro articolo, restituirsi integralmente e sempre, senza distinzione della buona o mala fede del possessore. — In quanto alle spese semplicemente utili, vale a dire quelle che, senza essere indispensabili alla conservazione del bene, tendessero soltanto a metterlo in migliore stato, si dovrà nel silenzio del nostro articolo applicare la regola generale tracciata per qualunque possessore dall'art. 555. — Per quanto concerne le spese voluttuarie non sono rimborsabili dal proprietario, salvo che il possessore potrebbe togliere tutto quel che si potrebbe levare, con l'obbligo di ristabilire le cose nel loro pristino stato (art. 599).

Sicchè ne' rapporti di colui il quale ha fatto il pagamento con colui che l'ha ricevuto, la distinzione della buona o mala fede di quest'ultimo non deve considerarsi che per le spese utili, conformemente all'art. 555, e non per le spese necessarie o voluttuarie. Ma questa distinzione avrebbe maggiore importanza (in colui che ha ricevuto) per ciò che riguarda un terzo acquirente, e devesi anche fare in quanto al proprietario. Così, da un lato, se si trattasse di un terzo acquirente e che la cosa gli fosse stata venduta di mala fede, questo terzo potrebbe farsi indennizzare dal suo venditore di tutte le spese anche voluttuarie che il proprietario di buona fede non è tenuto a rimborsare. Tale è la disposizione formale dell'art. 1635 ed è giustissima, poichè in tal caso, dalla parte del venditore àvvi un quasi delitto che l'obbliga alla riparazione di tutt'i torti ch'egli ha cagionati. Una obbligazione di tal fatta, e per la stessa ragione colpirebbe (sia a pro di colui che ha ricevuto di buona fede il pagamento, sia a pro del terzo acquirente) un proprietario che fosse stato di buona fede, cioè a dire che avesse fatto il pagamento indebito, sapendo bene ch'ei non doveva la cosa. Egli è chiaro che il proprietario dovrebbe allora riparare integralmente il pregiudizio cagionato per il fatto biasimevole da lui commesso, e che le regole stabilito nel primo comma di questo n. II non altri concernono, salvo colui il quale non ha consegnata la cosa indebita che per errore.

CAPITOLO II

DEI DELITTI, E DE' QUASI DELITTI.

I. — Sappiamo già, che intendesi qui per delitto il fatto reprensibile e dannoso, compiuto con mala intenzione, e che il quasi delitto è il fatto reprensibile e dannoso, compiuto senza cattiva intenzione.

Indicheremo qual sia *qui* il senso della parola *delitto*; poichè il delitto in materia civile non è la stessa cosa che il delitto del dritto criminale. Nel dritto criminale la parola *delitto* ha due sensi, l'uno generico, speciale l'altro: esso significa, *lato sensu*, qualunque fatto punito dal Codice penale; poi in un senso più ristretto, esso indica il fatto che trae seco una pena correzionale, e trovasi opposto al *misfatto* e alla semplice *contravvenzione*. Onde, nel dritto criminale vi sono tre classi di *delitti*: i *misfatti*; i *delitti* (specialmente detti) e le *contravvenzioni*. Sarebbe, del resto, vantaggioso di sostituir sempre alla parola *delitto* presa nel suo senso generico, la parola *infra-*

zione come ha fatto il Codice penale (C. pen., art. 1, 5 ed altri. C. istr. cr. art. 41 ec.) (a)

Il delitto civile non sempre è delitto penale, e reciprocamente il delitto penale non è sempre delitto civile, di talchè il Duranton cade nell'errore quando insegna (XIII-697 e 698) che la parola *delitto* è qui presa nel senso generico che le dà il dritto criminale. Così lo stellionato che costituisce un delitto civile (art. 2059) non è incriminato nella legge penale, reciprocamente l'omicidio, commesso per semplice imprudenza e senza alcuna intenzione, costituisce un delitto criminale (C. pen. art. 319), mentre che appunto perchè non vi è stata cattiva intenzione non è un delitto civile, e non può essere che un quasi-delitto supponendo che questo omicidio pregiudichi qualcuno. Del pari un tentativo di assassinio che costituisce un misfatto (C. pen. art. 2) non potrebbe essere in dritto civile, nè un delitto nè un quasi-delittu, poichè non v' ha pregiudizio cagionato e quindi non esiste fatto pregiudizievole.

II. — Il delitto ed il quasi-delitto che l'un dall'altro distinguonsi per la presenza o assenza dell' intenzione di nuocere, non possono esistere e dar luogo alla riparazione del danno arrecato che sotto queste due condizioni; 1° che il fatto sia illecito, 2° che sia imputabile all'agente.

È mestieri in pria che il fatto sia illecito, vale a dire che presenti una violazione del dritto altrui, una infrazione ad un dovere, e non costituisca l'esercizio di un dritto. È chiaro per esempio che colui il quale eleva un muro sul suo terreno di rincontro alla mia casa, per quanto impaccio e danno tale costruzione possa arrecarmi, non commette un delittu. È uopo in seguito che questo fatto illecito sia imputabile, vale a dire davvero volontario e proveniente da una libera determinazione. Così il fanciullo in tenera età, o il pazzo non possono essere autori di un delitto o di un quasi delitto: ben inteso noi parliamo del fatto compiuto da un pazzu nel momento in cui è privo di ragione, chè se si trattasse di un fatto compiuto durante un lucido intervallo potrebbe benissimo costituire un delitto o un quasi delitto.

L'ubbriachezza, per quanto profonda si sia, non può fare ostacolo alla riparazione, poichè àvvi obbligaziona di riparare qualunque danno arrecato per una colpa, tuttocchè leggerissima, e l'ubbriacarsi è una colpa. Senza dubbio l'ubbriachezza potrà diminuire l' uso della ragione a segno di non esservi più delitto criminale, ma vi sarà sempre colpa pel fatto stesso di essersi ubbriacato, e vi sarà quindi luogo in materia civile, se non al delitto, almeno al quasi delitto.

III. — La legge si occupa simultaneamente de'delitti e de'quasi delitti negli articoli 1382 o 1383, poichè vi consacra l'obbligo risultante da qualunque atto pregiudizievole e colpevole, senza distinguere se questo atto sia stato o pur no accompagnato dalla intenzione di nuocere. Del resto, il primo di questi articoli formola sufficientemente questa regola, e vedremo or ora che il secondo è una ripetizione perfettamente inutile, anzi inesatta, da doversi considerare come non avvenuta. Indi la legge si occupa esclusivamente de' quasi delitti negli articoli 1384-1386 relativi ai casi di responsabilità in cui l'intenziune di nuocere non ha potuto esistere.

1382 [1336]. Qualunque fatto dell' uomo che arreca danno od altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.

1383 [1337]. Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza.

SOMMARIO

I. L' art. 1382 abbraccia tutti i delitti e quasi delitti: importanza della parola *colpa*.
II. Non vi ha colpa nella omissione, se non quando non si è fatto, quanto erasi *tenuto* a fare. Errore del Toullier.
III. Qui non trattasi che della violazione di dovor generali, non già della violazioni di obbliga. zioni. Errore del Duranton.
IV. I delitti e quasi delitti civili non traggono seco solidarietà.
V. L'art. 1383 non è che la copia dell'art. 1382 e potrebbesi togliere.

I. — Il primo di questi articoli con la sua redazione ampia e comprensiva abbraccia tutt'i casi possibili di delitti e quasi delitti, poichè fa risultare l' obbligo di riparare da *tutt'i fatti quali che sieno*, vuoi di commissione, vuoi di omissione, arrecanti del danno ad altrui, ed accaduti *per la colpa* del loro autore. La sua proposizione comprende dunque tutt'i fatti pregiudizievoli e reprensibili senza distinzione, tanto quelli in cui non vi è stata volontà di nuocere (i quasi delitti), quanto quelli in cui siffatta intenzione vi è stata (i delitti).

È mestieri far ben notare questa parola *colpa*, di cui qualche volta si è fatto astrazione, e che è pure essenziale all' esattezza del principio. Spesso si sente dire, parlando del danno, che qualunque fatto il quale arreca dan-

(1) Fra noi, il termine generico è *reato*, che comprende le due specie: *misfatto* e *delitto*. *Il Trad*

no obbliga il suo autore a ripararlo. Gli è questo un errore. L'autore del fatto dannoso non è tenuto a riparare, che quando questo fatto è ad un tempo reprensibile, cioè a dire illecito ed imputabile, come si è veduto più sopra; in una parola, quando l' atto costituisce *una colpa* dalla parte del suo autore, il quale, da un lato non aveva il dritto di compierlo, e dall' altro l' ha compiuto intelligentemente, o col libero uso dalla sua volontà. Per tanto, come si è già veduto, la costruzione da me fatta, nelle condizioni volute dalla legge, sebbene tolga la luce a tutte le vostre finestre, pure a nulla mi obbliga, perchè, se questo fatto pregiudizievole è volontario, non è però illecito; ed egualmente l' atto di un demente, che taglia i vostri alberi, non l' obbliga neppure perchè, se questo fatto pregiudizievole è illecito, non è però volontario. In questi ed altri simili casi non si è in colpa, e ciò è indispensabile per fare nascere l'obbligazione di riparare il danno che si è arrecato.

II. — E ben inteso, gli è pur così nella omissione come nel fatto positivo per commissione. Questa omissione, per fare nascere l' obbligo, deve essere egualmente imputabile ed illecita.

Che debba essere imputabile, e che un demente, o un fanciullo di tenera età non rispondono nè delle loro omissioni, nè dei loro fatti positivi, non si è potuto mai negare: ma il Toullier non ha compreso, che essa deve anche essere illecita, e che, siccome il fatto positivo non obbliga che sol quando è il compimento di *una cosa vietata dalla legge*, egualmente il fatto negativo non può obbligare che quanto è l'astenersi da *una cosa ordinata dalla legge*. A quella guisa che io non sono tenuto per quando fatto, che solo allorchè non doveva farlo, alla guisa stessa io rispondo di ciò che non ho fatto, sol quando *doveva farlo*. Come dunque il Toullier, che sviluppa tanto bene la prima idea (XI-120) ha egli potuto negare la seconda, e sostenere (n° 117-2°) che colui solo è sempre tenuto, il quale potendo impedire un atto nocevole non l'à impedito? non basta che l' abbia *potuto*, è mestieri ch' ei l' abbia dovuto, e le autorità che il Toullier cita ad appoggio della sua dottrina vengono precisamente a contradirla. Egli invoca in pria una legge Romana che dichiara il *padrone* tenuto del delitto che ha lasciato commettere *dal suo schiavo*, mentre avrebbe potuto impedirlo. Invoca poi, la legge prussiana, la quale dice « colui che scientemente lascia fare ciò che poteva e *doveva* impedire » Infine egli invoca il Domat, il quale pur dice « coloro i quali potendo impedire un danno che un *dovere* qualunque li obbligava a prevenire... » E il Domat cita l'esempio di un padrone che risponde del fatto del suo domestico (art. 1384).

III. — Non trattasi dunque che di fatti, sia positivi, sia negativi che presentano la violazione di un dovere.

Notiamo bene, che trattasi di un dovere propriamente detto, di uno di quei doveri generali esistenti a pro di qualunque persona, e non della violazione del dovere esistente specialmente fra la tale persona determinata e la tal' altra determinata, e che costituisce l' obbligo. Le violazioni di obbligazioni sono prevedute dalla sezione 4 del cap. 3 del titolo precedente (art. 1146-1155). Sotto il nome di delitti e quasi delitti, il Codice qui più non si occupa che delle violazioni de' doveri generali; e il Duranton commette una inesattezza, da evitarsi, quando confonda (XIII 710) queste due classi d' infrazioni che il Codice à dovuto distinguere e separare.

Nè solo per la rettitudine delle idea, dee farsi la distinziona, essa ha pure l'importanza pratica. La legge in fatti, non dicendo nel nostro capitolo fino a qual punto preciso l'autore del fatto dovrà riparare il torto arrecato, e se dovrà soltanto i danni che potevansi prevedere come conseguenza del fatto, o pure quelli la cui previsione era impossibile, sembrerebbe naturale (se, giusta il Duranton, s' identificassero le violazioni di obblighi ai delitti o quasi delitti, considerando le prime come una classe di questi) di applicare alla nostra materia la distinzione degli articoli 1150-1151, i quali vogliono, che i danni impossibili a prevedersi sieno dovuti in caso di dolo soltanto, il che qui condurrebbe a dire, che saranno dovuti ne'delitti, e non lo saranno nei quasi delitti. Ciò sarebbe un errore; la riparazione di tutto il danno arrecato, anche nella parte che sarebbe stata impossibile prevedere al momento del fatto, è dovuta, nella nostra materia, per tutt' i casi, e tanto nei delitti quanto nei quasi delitti. La favorevole disposizione dall' art. 1150 che restringe l'indennità al solo danno che si poteva prevedere, è, come abbiamo veduto spiegando questo articolo, il risultato di una tacita convenzione. Ora, si comprende che questa convenzione non è ammessibile che in presenza di un contratto o del suo equivalente, il quasi contratto.

Del resto, egli è superfluo dire, che l'indennità non sarà dovuta che pei danni, i quali saranno conseguenze dirette del fatto, e di cui esso fatto sarà la causa unica, come fu spiegato all' art. 1151.

IV. — Abbiam veduto all' art. 1202 che i quasi delitti o i delitti civili non traggono seco solidarietà, come i delitti criminali, e

che, se taluni giureconsulti (segnatamente lo Zachariae t. II , p. 262) ànno insegnato il contrario , si è confondendo la solidarietà coi casi in cui la cosa è dovuta da ciascun obbligato *in totum* senza esserlo *totaliter*.

V. — L'art. 1382, spiegato come or ora abbiam fatto , non lascia comprendere a che serva l' art. 1393 che gli è d' accanto.

Taluni giureconsulti l' ànno inteso come quello che si occupasse esclusivamente del fatto compiuto senza mala intenzione, vale a dire del quasi delitto, divenendo così l' art. 1382 speciale al fatto compiuto con l' intenzione di nuocere, con la colpa per eccellenza, vale a dire il dolo, e costituendo così il delitto. Ma tale interpretrazione è inammessibile, perchè l' art. 1382 lungi dall'opporre l' imprudenza alla *colpa*, (il che darebbe infatti a quest' ultima parola il significato di colpa grave, di dolo), l' oppone semplicemente al fatto. L' articolo non dice « ognuno è responsabile del danno che à arrecato non solo *per sua colpa* » ma sibbene « non solamente *per fatto suo* » il che abbraccia tanto l' atto commesso senza intenzione di nuocere, quanto quello commesso con tale intenzione.

Sembra dunque probabile che siasi voluto opporre il *fatto* propriamente detto *all' omissione* , applicando l' art. 1380 ai delitti e quasi delitti consistenti in un fatto positivo, e l' art. 1383 ai delitti e quasi delitti consistenti in un fatto negativo , in una semplice astinenza. Ma oltre di non essere esatta l'opposizione del fatto alla imprudenza,poichè può esservi semplice imprudenza tanto in un fatto di commissione quanto in una omissione (il che ha luogo segnatamente nell' omicidio per imprudenza), l' art. 1384 dà evidentemente alla parola *fatto* il senso largo da noi attribuitole , e non si vede perchè questa parola nell' art. 1382 avrebbe tutt' altro significato che nell' art. 1384. Si è meglio dunque non tenere alcun conto di questo articolo che nulla aggiunge all' art. 1382, inteso come deve esserlo.

1384 [1338]. Ciascuno parimente è tenuto non solo per il danno che cagiona col proprio fatto , ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali ognuno debb' essere garante , o colle cose che ha in propria custodia.

Il padre , e la madre dopo la morte del marito , sono tenuti per i danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi ;

I padroni ed i committenti, per i danni cagionati dai loro domestici o commessi nell' esercizio delle funzioni nelle quali vennero da essi impiegati ;

I precettori e gli artigiani, per i danni cagionati dai loro allievi ed *apprendisti* nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La predetta responsabilità non ha luogo , allorchè i genitori , i precettori e gli artigiani provano ch' essi non hanno potuto impedire il fatto per cui avrebbero dovuto essere responsabili.

SOMMARIO

I. I casi di questo articolo e dei seguenti son casi di quasi delitto lo cui la colpa è di pieno dritto presunta dalla legge. La pruova contraria a questa presunzione è ammessa in taluni casi.

II. Il padre risponde del figlio minore che abita con lui , anche dopo l' emancipazione. Dissenso col Toullier. Si eccettua il caso del matrimonio. Quando il padre è interdetto, assente o soltanto in viaggio, ne risponde la madre — Tutori, mariti , istitutori. La pruova contraria è ammessa.

III. Padroni e committenti. Non v' è per essi pruova contraria.

IV. La responsabilità ha luogo senza distinguere , se l'autore del fatto pregiudizievole abbia agito con discernimento. Errore del Toullier. Quando vi è stato discernimento , l' agente è egli stesso responsabile.

I. — I casi in cui questo articolo e i due seguenti impongono ad una persona la responsabilità del danno arrecato , vuoi da altre persone da lei dipendenti , vuoi da animali o da cose a lei appartenenti o a lei affidate , son casi di quasi delitto. Chè questa responsabilità poggia sulla presunzione, che l' obbligato era tenuto a sorvegliare le persone , gli animali o le cose in modo da impedire, che nuocciano altrui o di non impiegar che persone incapaci di nuocere, ha colpevolmente omesso di farlo. Evvi quindi in ciò un fatto negativo, un fatto di omissione pregiudizievole e reprensibile. Soltanto, mentre che negli altri casi spetta all' attore per indennizzo di provare, non pur che ha sofferto un danno e che esso risulta dal fatto dell' avversario, ma eziandio che siavi stata colpa dell'avversario nell' adempimento di tal fatto, qui l' attore non dee provare questa colpa nella persona dichiarata responsabile. Siffatta colpa è presunta di pieno dritto della legge. Del resto la presunzione di colpa (che deriva così di pieno dritto dalla constatazione del danno arrecato dalle persone , dagli animali o dalle cose) è più o meno severa , secondo i casi ; poichè, come or ora vedremo, la legge talvolta riserba al convenuto la facoltà di provare, che egli non à potuto impedire il fatto , che quin-

di non v' à in lui nè colpa nè responsabilità possibile; tal' altra al contrario questa facoltà non esiste, in modo che la presunzione di colpa e l' obbligo che ne risulta, sussistono allora, non ostante qualunque allegazione d' impossibilità di impedimento.

Non si dimentichi inoltre che qui come in tutti i casi, in cui la pruova testimoniale è ammessa, la giustifica sia dell' attore sia del convenuto può, per manco di una prova precisa e propriamente detta, farsi con semplici induzioni desunte dalle circostanze della discussione e lasciate alla valutazione del giudice, il quale è così autorizzato a contentarsi di una verosomiglianza nel manco di certezza. Abbiamo più volte richiamato l'attenzione su questa importante regola, che qui ricordiamo, dando termine a questa lunga materia delle obbligazioni, e non si dovrà mai perdere di vista, che quando si è parlato della necessità di far pruova in cui trovasi una parte, la proposizione si riduce a dire (ammenochè non siasi in un caso in cui la pruova scritta è solo ammessibile, e in cui non vi fosse principio di pruova per iscritto), che questa parte deve procurare al giudice, o una certezza, o *una grave probabilità* della verità della sua allegazione.

II. — Il padre è risponsabile del danno arrecato da suo figlio, finchè è minore, ed abita con lui. Non vi è a distinguere a tal riguardo fra il figlio emancipato e quello che non lo è. Sebbene l' emancipazione faccia legalmente cessare l' autorità dei genitori (art. 372), la legge pensa e con ragione, che lor rimane sul figlio minore, finchè dimora con essi, un' autorità morale, che basta al certo per renderli risponsabili. La dottrina contraria del Toullier (XI-277) è respinta dal Duranton (XIII-215) e dallo Zachariae (3, p. 197) i quali insegnano che l' emancipazione di un figlio, indegno di questo favore, lungi dal covrir la responsabilità dei genitori, costituisce già da parte loro una grave imprudenza. Gli è vero, e tutti lo riconoscono, che altrimenti sarebbe in caso di matrimonio del figlio, ma ha luogo allora la cessazione della responsabilità, non precisamente perchè il figlio è emancipato, ma perchè è *ammogliato*, e che sposandosi è uscito dalla potestà paterna per divenir capo di famiglia, o per passare sotto l' autorità di suo marito.

Quando il padre è morto, interdetto, o solamente privo di ragione, senza che siavi stata interdizione, assente dichiarato o presunto, o sia solamente partito per un viaggio, siccome gli è allora impossibile di sorvegliare il figlio, sulla moglie ricade la responsabilità. Lo Zachariae (*loc. cit.*) punto non ammette questa decisione per l' ultimo caso. Ma da una parte in qual modo il padre che vede cessata la sua responsabilità situando suo figlio presso un istitutore, o un artista, talvolta poco discosto da lui, non vi sarebbe sottratto, allorchè trovasi 100 o 200 leghe lontano dal figlio? Da altra parte, come mai la madre, durante questo allontanamento del padre, potrebbe sfuggire alla responsabilità che pesa su di una semplice istitutrice?...

In caso di separazione personale, la responsabilità ricade su quello dei conjugi al quale è affidata la cura del fanciullo. In caso che non vi sia matrimonio, è responsabile parimenti quello dei genitori naturali presso cui il fanciullo dimora. E se questi genitori coabitano, naturalmente è il padre.

Sebbene il nostro articolo presenti una disposizione eccezionale e rigorosa che non deve quindi estendersi per analogia, nondimeno siccome il tutore, presso cui il fanciullo dimora, trovasi così, in quanto alla custodia, in una posizione non solamente analoga, ma *identica* a quella del padre o dell' istitutore, non sembraci doversi mettere in dubbio, ch' egli debba esser sottoposto alla medesima responsabilità. Del pari, se il tutore non avesse la custodia del fanciullo, il quale stasse in casa di un avo o di qualunque altra persona; questa persona che si è incaricata del ragazzo sarebbe responsabile. Ma ben sarebbe altrimenti del marito riguardo a sua moglie; poichè non v' ha per la direzione della condotta di costei una sì grande autorità, come quella che si à sui ragazzi: e d' altra parte i terzi lesi avranno sempre contro la moglie il regresso diretto che lor mancherebbe il più delle volte contro il fanciullo, poichè la donna maritata, anche minore, avrà sempre bastante intelligenza per rispondere dei suoi atti. Le persone suddette cessano dall' essere risponsabili, allorquando provano essere stato loro impossibile d' impedire il fatto pregiudizievole, benchè la loro sorveglianza e le loro cure fossero state quali dovevano essere. Abbiam detto, che le loro cure debbono essere state quali dovevano essere, poichè non basterebbe al certo, che un padre non avesse potuto in tal caso particolare impedire il male di cui si muove doglianza, se la sua insufficienza non fosse che il risultato di cattive abitudini prese e della mancanza di educazione o di disciplina. Questa insufficienza è allora una colpa la quale, il giorno in cui avrà arrecato qualche pregiudizio altrui, l' obbligherà a ripararlo (Bourges 19 marzo 1821, Bordeaux 1 apr. 1829). Gl' istitutori e gli artigiani rispondono egualmente del danno che i loro allievi ed apprendisti àn potuto arrecare, mentre li avevano sotto la loro cura, salvo pure a provare ch'essi non àn potuto im-

pel re il fatto. Egli è aperto che non vanno annoverati su tal rapporto nella classe degl' istitutori i maestri che non fanno che dare delle lezioni ad ora, senz' avere la sorveglianza degli alunni.

III. — I padroni e i committenti son tenuti del danno arrecato dai loro domestici o preposti: ben inteso, la regola si applica allo Stato ed alle diverse amministrazioni pubbliche rispetto ai loro agenti, preposti, o impiegati, come a committenti particolari (1).

Ma v' è qui a fare questa duplice osservazione; da una parte trattasi solo del danno arrecato dai domestici o preposti nell' esercizio stesso delle loro funzioni, facendo quello a cui erano impiegati, e che da altra parte i padroni e i committenti non sono ammessi a discaricarsi della risponsabilità, provando di non aver potuto impedire il fatto pregiudizievole. L' ultimo comma del nostro articolo, concedendo la prova al padre, alla madre, ec. non l' accorda ai padroni e committenti, ed i lavori preparatorii non lasciano dubbio sul disegno di tale omissione: « Non possono in alcun caso, » vi si dice, argomentare dall' impossibilità in » cui pretendessero di essere stati per impe» dire il danno...non debbono forse rimprove» rarsi di aver riposto la loro fiducia in uo» mini cattivi, poco accorti, o imprudenti ?

IV. — La responsabilità di che trattasi esiste, checchè ne dica il Toullier (XI-260 e 270), senza che siavi a distinguere se il fatto che à arrecato il danno sia o pur no imputabile al suo autore. Sicchè, quando il padre invece di sorvegliare suo figlio di 6 o 7 anni, e di tenerlo sott' occhio, lo lascia vagare per i campi, e questo ragazzo se ne va con altri suoi coetanei a devastare la raccolte o commettere altri guasti, egli è ben vero che non vi à colpa, e per conseguenza nè delitto nè quasi delitto *per parte del fanciullo*, il quale non à avuto l'intelligenza di quanto faceva, ma evidentemente per colpa del padre è accaduto il danno, e quindi àvvi quasi-delitto per parte sua. Sarebbe altrettanto per un committente, il quale avesse preso o conservato un impiegato colpito da demenza, di un maestro il quale incaricasse di funzioni pericolose un ragazzo inintelligente o troppo giovane per ben disimpegnarle, che gli facesse per esempio guidare una carrozza.

Il Toullier, prendendo uno strano abbaglio, insiste *sul principio emanato dalla legge eterna ed immutabile,* che non potrebbe un fatto imputarsi a colui che l' à compiuto senza discernimento; ma non è questa la quistione. La legge qui non imputa il fatto all' agente, essa lo imputa, con ragione, a colui che è in colpa di avere impiegato questo agente e di non averlo sorvegliato abbastanza. Il mio animale stesso mi obbliga pei suoi guasti, giusta l'articolo seguente; or il mio cane à forse agito con discernimento?... In quanto all' antica giurisprudenza che il Toullier pretende, a torto, conforme alla sua dottrina, essa gli è contraria, poichè, come egli stesso riconosce, essa non faceva cessare la risponsabilità del padre, anche pel danno arrecato da un fanciullo privo di discernimento, *se non quando il padre non avesse potuto prevenire nè impedire tale danno.*

Quando l' autore del fatto à agito con discernimento, di tal che è egli stesso colpevole del delitto o del quasi-delitto, si comprende che colui che à sofferto il pregiudizio, può allora agire a sua scelta, o contro l'autore s' esso del fatto, o contro la persona che la legge dichiara risponsabile; ed in tal caso, questa persona risponsabile, se è stato da lei pagato l' indennizzo, à il suo regresso contro l'autore del fatto.

1385 [1339]. Il proprietario di un animale, o quegli che se ne serve, per il tempo in cui ne usa, è risponsabile per il danno cagionato da esso, tanto che si trovi sotto la sua custodia, quanto che siasi smarrito o fuggito.

1386 [1340]. Il proprietario d' un edificio è tenuto per i danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione o per un vizio nella sua costruzione.

SOMMARIO

I. Responsabilità del danno arrecato dagli animali.
II. Danno arrecato dalla caduta di un edifizio. Rinvio per altri casi di risponsabilità.
III. Termini nei quali devesi intentare l'azione di riparazione del danno arrecato da delitti o quasi delitti.

I. — Il proprietario di un animale, selvaggio o domestico, poco monta, risponde del pregiudizio arrecato da questo animale, tanto allorchè si era smarrito, o era fuggito via al momento del danno; quanto allorchè trovavasi in quel momento sotto la custodia del padrone o di persone sue; chè àvvi colpa, manco di sorveglianza, e di cure sufficienti nel far che un animale vada via. Invano il proprietario offrirebbe di provare che à fatto

(1) Amiens, 26 ag. 1831; Riom 1 dic. 1831; Rig. 27 giug. 1832; Parigi 25 genn. 1833; Parigi 3 marzo 1834 (Dev, 32, 1, 858; 33, 99; a 2, 410; 34. 2. 85).

quanto era possibile fare per impedire il male; chè delle due l' una, o non à preso tutte le cautele che richiedeva la prudenza, ed allora è in colpa, o trattasi di un animale di sì malvagia indole, che tutte le cautele immaginabili per impedirlo dal nuocere sono inefficaci, ed allora è in colpa sol perchè lo conserva(1). Sarebbe altrimenti ben inteso, se per colpa del reclamante fosse accaduto il male per aver eccitato l' animale, o per essersegli avvicinato, ad onta delle raccomandazioni del guardiano.

Questa regola dell' art. 1385 si applica ai conigli di una conigliera, chè il proprietario di una conigliera lo è altresì dei conigli; ma non si applicherebbe ai conigli liberi nei boschi, nè ad altra selvaggina qualsiasi, poichè questa non è proprietà di colui sul terreno del quale va a posarsi. Senza dubbio i proprietarii o coloni delle terre vicine, ai quali nuocerebbe la troppa abbondanza della selvaggina, potrebbero dolersene; ma invece di poter sottomettere il convenuto alla risponsabilità di pieno dritto stabilita dai nostri articoli, essi non potrebbero invocare che gli articoli 1382-1383, e non otterrebbero un' indennità che provando che per colpa del loro avversario si è così la caccia oltremodo accresciuta (2).

La responsabilità legale è ugualmente imposta a colui che, senza essere proprietario dell' animale, l'à preso sotto la sua custodia, vuoi togliendolo a prestito, o fitto per servirsene, vuoi ricevendolo a titolo di deposito, ma laddove non sia stato avvertito dal padrone della natura difficile e pericolosa dell' animale, egli è chiaro che avrà il suo regresso contro il padrone. È superfluo il dire che più non si potrebbe sotto il Codice, come lo si poteva nel dritto Romano, sottrarsi all' obbligo di riparare il danno, abbandonando l' animale che lo à arrecato alla persona lesa.

II. — Un ultimo caso di risponsabilità legale viene indicato dallo art. 1386. Il proprietario di un edificio che viene a crollare è risponsabile del danno causato dalla caduta di quello, se si provi che tale caduta proviene da mancanza di manutenzione, e da vizio di costruzione, salvo in quest'ultimo caso il regresso che il proprietario può esercitare contro gli architetti o appaltatori (art. 1892). Qui ancora il proprietario si presume di pieno dritto in colpa: egli à dovuto sapere che la casa non era in buono stato, à dovuto conoscere i vizii, da cui essa era affetta, e le riparazioni di che aveva bisogno, e non sarebbe ammesso a provare che è stato ingannato, o che le ignorava.

Del reato, altri differenti casi di risponsabilità son regolati, oltre del Codice civile, da parecchie leggi speciali. Così, p. es. la legge del 10 vendemmiale anno IV dichiara risponsabili i comuni del danno arrecato, sul loro territorio, da attruppamenti o riunioni, salvo alla comune di far cessare la sua responsabilità provando: 1° che il danno sia stato causato da persone estranee: 2° che essa à fatto quanto era in lei per prevenire il disordine e reprimerlo.

Vedremo parimenti nel Codice civile stesso altri casi di risponsabilità. Così, in caso d'incendio di una casa gli art. 1733 e 1734 presumono in colpa, a pro del proprietario, tutti gl' inquilini della casa, e li dichiarano, fino alla pruova contraria autori responsabili e solidalmente risponsabili del danno arrecato per tal sinistro al proprietario.

È ben evidente inoltre, per la ragione già indicata, che queste disposizioni sì rigorosamente eccezionali non potrebbero estendersi, e che la presunzione così stabilita a pro del proprietario non potrebbe da altri invocarsi. È questo un punto che niuno potrà mettere in dubbio, tutto che il Demante abbia avuto l' idea di proporlo come quistione nel suo *Programma* (II-879).

III. — Poniamo termine a questa materia dei delitti e quasi delitti con l' indicazione del termine nel quale dovrà intentarsi l'azione di riparazione di danno.

Per massima, ogni azione personale dura trent' anni, e questa regola è evidentemente applicabile in materia di delitti e quasi delitti, come in ogni altra. Ma essa riceverà eccezione tutte le volte che il delitto o il quasi-delitto consisterà in una infrazione repressa dalla legge criminale. L'art. 2 del Cod. d'istr. crim. sottomette allora l' azione civile per riparazione del danno alla stessa proporzione dell' azione criminale. La legge non à voluto che dopo la prescrizione dell' azione pubblica si potesse venire ad allegare e provare un misfatto punibile anche senza farlo punire. Or questa prescrizione giusta gli articoli 637, 638 e 646 dello stesso Codice, è di dieci anni pei reati, di tre anni pei delitti, e di un anno per le contravvenzioni.

Ma se la parte lesa, tutto che sapesse che siavi stato misfatto punibile, avesse avuto cura di nulla articolare, e di non argomentare che da una semplice colpa civilmente reprensibile, l'azione potrebbe intentarsi nei trent' anni, come lo potrebbe, tutte le volte che il delitto civile o il quasi delitto non costituirà una

(1) Parigi 20 marzo 1846. — *Gazzette dei Trib. e Dritto* del 21 marzo.

(2) Rig 22 marzo 1837 (Dev. e Carr. 1837, 1, 293).

infrazione colpita dalla legge penale. Negli altri casi, l'azione durerà dieci anni, tre anni, o un anno, giusta la distinzione qui sopra enunciata (*a*).

SUNTO DEI TITOLI TERZO E QUARTO

DELLE OBBLIGAZIONI.

I. — Chiamasi *obbligazione* il legame che costringe specialmente la tale persona ad una prestazione qualunque a pro di un'altra.

Soltanto la necessità speciale ad una o più persone, e corrispondente quindi ad un dritto puramente relativo e personale, vale a dire ad un credito costituisce l'obbligazione. In quanto alla necessità generale e comune a tutti, la quale corrisponde al dritto assoluto, al dritto reale, essa forma un *dovere* che si è parimenti tenuto di non infrangere, ma che non bisogna confondere con l'obbligazione propriamente detta. Così p. es. mentre che il semplice dovere non à mai per oggetto che l'astenersi da'fatti che nuocerebbero ai dritti di un terzo; l'obbligazione al contrario può aver per oggetto o di astenersi da un fatto, o di adempiere questo fatto, o di trasferire la proprietà o i suoi smembramenti, o di procurare una cosa a qualunque altro titolo. L'obbligazione è tuttavia per noi, come pei Romani, *vinculum juris qua necessitate adstringimus ad aliquid dandum, vel praestandum, vel faciendum, vel non faciendum* (art. 1101).

II. — Per trattare con ordine l'importante materia delle obbligazioni, studieremo successivamente ed in cinque capitoli diversi.

1.° Le *fonti* delle obbligazioni; 2.° le diverse *specie* di obbligazioni; 3.° l'*effetto* delle obbligazioni; 4.° le cause di *estinzione* delle obbligazioni; 5.° finalmente la *pruova* della obbligazioni e quella della loro estinzione.

CAPITOLO PRIMO

FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

III. — L'obbligazione può nascere da cinque fonti diverse: il Contratto, il quasi-contratto, il Delitto; il quasi-delitto e la Legge.

Tutte le obbligazioni ben inteso provengono necessariamente dalla legge (dalla legge civile immediatamente del pari che dalla naturale mediatamente). Ma mentre che la più parte derivano in seguito di un fatto dell'uomo, il quale costituisce o un contratto o un quasi contratto, o un delitto o un quasi delitto, taluno altre derivano senza alcun fatto dell'uomo e per effetto di svariate circostanze ch'era impossibile di abbracciare sotto unica denominazione. Si è designata la fonte delle prime, divise in quattro classi, dal nome generico del fatto che le produce (contratto, quasi contratto, delitto, quasi-delitto), riserbando per le altre il nome del principio comune a tutte (la legge) che divien così una denominazione speciale per questa (art. 1170).

SEZIONE I.

DEI CONTRATTI

IV. — S'intende per *contratto* o *convenzione* (chè queste due parole sono sinonime nel Codice) qualunque accordo di più volontà su di un oggetto d'interesse giuridico, *consensus plurium in idem placitum*.

Il contratto ch'è la sorgente più frequente delle obbligazioni, può altresì produrre altri effetti, come vedremo in fine di questa sezione (n. XXVII). Ma qui dobbiamo esaminarlo come il germe delle obbligazioni, e solo ai contratti produttivi di obbligazioni si applicano le regole che formeranno l'oggetto dei §§ seguenti (art. 1101).

§ I.

Delle diverse specie di contratti.

V. — Vi à cinque divisioni principali dei contratti.

1.° Si dividono in *bilaterali* (o sinallammatici) ed *unilaterali*, secondo che creano obblighi dall'un canto e dall'altro, o sol da un lato. — Se il contratto non creando nell'atto che una sola obbligazione, fa nonpertanto sorgere l'eventualità di un'obbligazione reciproca, che può attuarsi mercè l'esecuzione stessa della convenzione, riceve il nome di *sinallagmatico imperfetto* (art. 1102, 1103).

2.° Il contratto è di *beneficenza* o a *titolo gratuito*, quando una delle parti rende all'altra un servigio, procurandole un vantaggio di cui non à l'equivalente; è a *titolo oneroso*, allorchè ciascuno dei contraenti intende procurarsi un vantaggio. — Il contratto a titolo oneroso è *commutativo*, allorchè da ambo i lati è certo il vantaggio; è *aleatorio*, quando, vuoi da ambo i lati, vuoi da un solo, questo vantaggio trovasi sottoposto ad una eventualità di perdita o di guadagno (art. 1104-1106).

3.° Il contratto è *nominato* o *innominato*, secondo che à o non à, nella legge, la sua de-

(*a*) Niuna differenza si rileva fra questo titolo del Codice francese e il corrispondente titolo delle nostre *leggi civili*. (IL TRAD.)

Marcadè, Tom. III.

signazione speciale. Ma a differenza di quanto aveva luogo a Roma è obbligatorio tanto nel secondo, quanto nel primo caso (art. 1107).

4.° Il contratto è *principale*, quando à la sua esistenza propria; è *accessorio*, allorchè non può formarsi, se non rannodandosi ad un altro (*ibid*).

5.° Il contratto da ultimo è *solenne* o *non solenne*, secondo che la sua esistenza legale è o pur no subordinata all' adempimento di talune formalità. I soli contratti solenni sono la donazione tra vivi, le convenzioni matrimoniali e la costituzione d' ipoteca, ma noi non parliamo ben inteso che de'contratti ordinarii,pecuniarii, e non dei contratti puramente morali, come il matrimonio e l'adozione, che ànno le loro regole a parte (*ibid*).

§ 2.

Delle condizioni richieste per la validità dei contratti.

VI. — Quattro condizioni sono necessarie, in tutti i casi, per la validità del contratto e delle obbligazioni che ingenera:

1. Il consenso delle parti, 2. la capacità di tutte le parti che si obbligano; 3. un oggetto dell'obbligazione lecito e sufficientemente determinato; 4° finalmente una causa egualmente lecita di questa stessa obbligazione.

Inoltre è risaputo che, nei contratti solenni, è uopo aggiungere l' adempimento di talune formalità, (art. 1108.)

1.° del consenso.

VII. — Il consenso, l'accordo delle volontà, *consensus*, è evidentemente l' essenza di ogni contratto; non è soltanto necessario per la sua validità, per la sua efficacia, ma sibbene per la sua esistenza, per la sua formazione. È evidente; poichè, come si è veduto, esso costituisce il contratto. Se dunque una delle parti che àn contrattato (o piuttosto che sembrano aver contrattato) era al momento dell' atto, priva di ragione, sia per un accesso di follia, sia pel delirio della febbre, sia per ubriachezza, sia per ogni altra causa, il preteso contratto più non esisterebbe, la convenzione non sarebbesi formata, chè non vi sarebbe stato *consenso* (art. 1108).

Sarebbe lo stesso se le parti godendo per altro pienamente della loro ragione, avessero capito, questa una cosa, quella un' altra, e non fossero state di accordo sulla natura o sull' oggetto del contratto che volevano fare. Così, quando per un determinato prezzo, voi avete inteso darmi in fitto un oggetto che io intendeva comprare, o quando voi volevate parlare del tale vostro fondo, e che io intendeva il tal altro, non vi è stato accordo delle nostre volontà, non à potuto formarsi contratto (*ibid.*)

L' accordo delle volontà costituendo il contratto, è evidente che la semplice pollicitazione, vale a dire l' offerta, la proposizione fatta da una parte e non ancora accettata dall' altra non potrebbe produrre alcun legame. E siccome l' uomo non à il potere di leggere nel pensiero, siccome in conseguenza il dritto positivo, il foro esteriore, non può tener conto che della volontà manifestata, il contratto non si forma che con l'accettazione espressa, sia in iscritto, sia con parole, sia con fatti: non basterebbe una volontà in *mente retenta*. Spetta al giudice a dire in fatto, se sia vi stata o per no sufficiente manifestazione del pensiero (*ibid.*).

VIII. — Inoltre se il mutuo consenso delle parti, se il concorso delle loro volontà è sufficiente per la formazione del contratto, non basta per la sua validità, e questo contratto, una volta formato, potrebbe infrangarsi, se il consenso, tutto che reale, non si fosse dato che per errore, o estorto per violenza. La lesione ed anche il semplice dolo, di cui una parte sia stata vittima, conducono talvolta allo stesso risultato. In tutti i casi, l' annullamento debbe dimandarsi entro un determinato termine, che indicheremo più oltre.

IX. — *Dell' errore*. Si sa che qui non trattasi dell' errore che impedirebbe l' esistenza stessa del consenso, e quindi la formazione del contratto; ma di quello soltanto che vizio tal consenso, e permette di fare annullare un contratto che si è daddovero formato (art. 1109).

La legge accorda l' annullamento del contratto per causa di errore: 1° alla parte che si è ingannata sulle qualità sostanziali dell'oggetto, vale a dire su quelle che non essendo suscettibili del più o del meno, fan passare l' oggetto da una classe in un' altra, secondo che esistono o pur no; 2. a quella che à contrattato con una persona, prendendola per un altra, alloraquando la considerazione di quest' altra persona era la causa principale che la determinava a consentire (art. 1110).

Questa facoltà, forse esorbitante, non può, ben inteso, esercitarsi che con l' obbligo al reclamante di provare l' errore che allega, e sol quando sia provato l' errore ed ammesso l' annullamento, potrebbe, secondo le sircostanze, esser condannato ai danni interessi pel pregiudizio che arreca all' altra parte la leggerezza con cui la prima à contrattato (*ibid.*)

X. — *Della violenza*. Allorchè minaccie di violenza, accompagnate o pur no da violenza effettiva siensi impiegate contro una persona per determinarla a formare un contratto, e tali minacce erano di natura da incuterle tema ragionevole di un male considerevole, e per isfuggire ad un tal male, la persona à consentito, la legge riguarda con ragione come incompiuto ed insufficiente il consenso dato sotto una tale influenza, e permette di far annullare la convenzione. Per sapere se il timore provato dal contraente fosse o pur no ragionevole, è mestieri valutarlo secondo le circostanze di età, di sesso, di educazione, ec. della persona violentata (articolo 1111-1115.)

Il male considerevole, la cui tema può fare annullare il contratto, debbe invero esser personale al contraente. Ma è da notarsi che v' à soventi per me un male ben reale nel male che minaccia direttamente la tale altra persona, chè l' uomo non può soltanto esser colpito corporalmente o nella sua fortuna; lo può essere eziandio dal lato morale, nelle sue affezioni e nei suoi sentimenti. Bisognerebbe quindi evidentemente annullare il contratto, al quale io non avessi acconsentito che per la tema di vedere assassinato mio fratello, un amico, ed anco un estraneo. Spetta ai tribunali il vedere, a seconda delle circostanze di ciascun affare, se il male che doveva colpire il terzo, à dovuto costituire eziandio un male considerevole pel contraente stesso. Evvi inoltre un caso in cui non v' è luogo di fare siffatta valutazione, la quale trovasi allora sostituita dalla presunzione stessa della legge: gli è quando il terzo trovasi essere congiunto o affine in linea retta del contraente. In tal caso il male che dovea colpire il terzo produce lo stesso effetto che se avesse direttamente minacciato il contraente (*ibid.*)

Si comprende del resto che la tema, anche quando diminuisce gravemente la libertà del consenso, non permetterebbe di annullare il contratto, se non avesse alcun che di immorale nella sua causa nè nel suo obbietto. Così il profondo rispetto che il contraente può portare ad una persona, la estrema timidezza che costei gl' ispira, la paura che risente nel contrariarla per la più piccola cosa non saran mai una causa di annullamento, se non fossevi per altro minaccia di un male considerevole, timore di pericoli reali (*ibid.*).

XI. — *Della lesione*. Il pregiudizio al quale una parte si sottopone formando un contratto è talvolta considerato dalla legge come l'indizio di un consenso troppo poco chiaro, o impacciato nella sua libertà, o strappato dalla miseria, o da tristi circostanze, di tal che trae allora l' annullamento della convenzione per insufficienza di tal consenso.

La regola si applica, a pro dei minori non emancipati, per tutti gli atti che fossero fatti da essi soli, invece di esserlo dal loro rappresentante, o almeno sotto l' autorità di questo rappresentante (1), ed a pro dei minori emancipati per gli atti che eccedono la loro capacità, determinata nel titolo X del libro 1. In quanto ai maggiori essi non possono invocarla che 1° nelle divisioni, per lesione oltre un quarto, e 2° nelle vendite d' immobili per lesioni di oltre 7/12, (art. 1305 e 1118).

XII. — *Del dolo*. S'intendono per dolo tutti i maneggi fraudolenti, tutti i mezzi fallaci impiegati per ingannare una persona o condurla a contrattare.

Il dolo per sè stesso, ed in quanto dà adito ad un' azione speciale, non costituisce un vizio di consenso ed una causa di annullamento del contratto. Ma in un dato caso, giunge in diffinitiva allo stesso risultato, e perciò la legge lo assimila ai vizii di consenso.

Delle due l'una: o l'errore prodotto dal dolo verte sulle qualità sostanziali della cosa, ovvero verte soltanto sulle qualità accidentali e secondarie. Nel primo caso, evvi ben vizio di consenso e causa di annullamento, ma non già a causa del dolo, sibbene a causa dell'errore stesso, il quale avrebbe sempre prodotto tal effetto, anche quando niun dolo si fosse praticato. L' azione fondasi allora sull' errore e non già sul dolo.

Quando l' errore non verte che sulle qualità accidentali, il dolo produce il suo effetto proprio; ma il consenso non trovandosi viziato che su di un punto secondario, l'annullamento per insufficienza di tale consenso più non è possibile. Il contratto rimane dunque valido, e la parte ingannata può soltanto esigere dall' autore del dolo i danni-interessi. Se l' autore del dolo è un terzo, questi danni-interessi consisteranno in una somma di denaro rappresentante il valore del pregiudizio sofferto, giusta la valutazione che sarà fatta. Se al contrario il dolo à per autore la persona stessa con la quale si è contrattato, questa valutazione più non è necessaria; un

(1) Regolarmente, l' atto debb' esser fatto dal rappresentante del minore; ma il concorso di tale rappresentante all' atto che il minore facesse da sè, basterebbe per impedire la rescissione per lesione: il minore ed il suo rappresentante agendo allora entrambi, la presenza del primo non potrebbe rendere inefficace quella del secondo. Del resto perchè l' atto fatto da un minore soltanto sia solo annullabile per lesione, è uopo che il minore abbia già l' intelligenza dei suoi atti, senza di che l' atto sarebbe radicalmente nullo, inesistente per manco di consenso (art. 1305, n. IV.).

mezzo ben semplice v' è allora per giungere ad una riparazione rigorosamente esatta, ed è quello di rimettere le cose nello stato come se il contratto non avesse avuto luogo. Così il dolo, tutto che in fondo non faccia nascere che un' azione personale d'indennità, conduce non pertanto all' annullamento del contratto, quando è emanato dalla parte stessa. Si è espressa questa idea dicendo, che il dolo è *in personam*, mentre che l'errore, la violenza e la lesione sono *in rem*; vale a dire che il dolo non è una causa di annullamento che relativamente e rispetto al contraente che se n' è reso colpevole, mentre che l' errore, la violenza e la lesione sono cause assolute, e che affettano direttamente il contratto stesso (art. 1116).

XIII. — Deriva da ciò una conseguenza pratica molto importante. Allorchè la proprietà di un immobile vien trasmessa mercè di errore, di violenza o di lesione, essendo il contratto annullabile assolutamente, e l' acquirente non ottenendo che una proprietà risolubile, coloro ai quali potrebbe trasmettere l' immobile, e che non possono avere un dritto maggiore del suo, saranno al par di lui sottoposti all' annullamento, e potran veder risoluta la loro proprietà. Il semplice dolo al contrario lasciando il contratto valido in sè, e non potendo condurre all' annullamento che per effetto di un' azione tutta personale contro colui che l' à praticato non permetterà di agire contro il sotto-acquirente; e la trasmissione dell' immobile a costui, non lascerebbe alla parte vittima del dolo che il dritto di domandare una indennità pecuniaria alla parte che à praticato il dolo, o ai suoi rappresentanti.—Abbiam supposto l' alienazione di un immobile, chè la regola, che in fatto di mobili il semplice possesso di buona fede rende immediatamente proprietario, metterebbe al coverto il sotto-acquirente di questi mobili, tanto in caso di errore, di violenza e di lesione, quanto nel caso di dolo, (art. 1116).

N. B. Quanto si è detto si applica unicamente al dolo che à determinato il contratto, senza del quale la parte non avrebbe contrattato, e che chiamasi dolo principale (*dolus dans causam contractui*). Se si trattasse semplicemente di un dolo, senza il quale la parte avrebbe egualmente contrattato, facendolo soltanto a condizioni più vantaggiose, dolo che si è chiamato incidente (*dolus incidens in contractum*) vi sarebbe sempre luogo ai danni-interessi; ma questi danni-interessi sarebbero sempre pecuniarii, e non si potrebbe ottenere l' annullamento del contratto, anche quando il dolo emanasse dalla parte concontraente (*ibid.*)

2° Della capacità.

XIV. — Oltre della capacità naturale di consentire, la quale è essenziale, come si è veduto per la formazione stessa del contratto, è ancora per la validità di tal contratto richiesta la capacità legale di obbligarsi. Siffatta capacità pur tutta volta non richiedesi in tutte le parti contraenti, ma solo in quella che si obbliga, e la mancanza di essa non permette eziandio che alla parte incapace, non all' altra, di far pronunziare l' annullamento della convenzione. Tale annullamento in oltre deve dimandarsi nei termini e sotto le condizioni richieste dalla legge, e che noi indicheremo più oltre.

Le persone legalmente incapaci di obbligarsi sono: 1. gl' interdetti, 2. le donne maritate; 3. o talune altre persone in certi casi preveduti da testi particolari. Non pertanto le donne maritate e le persone che non sono interdette che parzialmente, vale a dire sottoposte soltanto ad un consulente giudiziario possono in certi casi obbligarsi, siccome l'abbiamo spiegato riassumendo i titoli V, X e XI del libro 1.

In quanto ai minori, tutto che ordinariamente sieno collocati, e la difettosa redazione del Codice li collochi essa stessa (articolo 1124) nella prima categoria dalle persone incapaci di contrattare, il vero si è che, giusta il sistema della legge, non sono punto incapaci, ma solo restituibili per lesione, siccome abbiam veduto al n. XI. Questa verità, tutto che vivamente controvertita, non può esser dubbia a fronte di diversi testi, del confronto del nuovo dritto con l' ultimo stadio dell' antico, e delle spiegazioni categoriche date al tempo dei lavori preparatorii (art. 1305, n. III.)

3° Dell' oggetto.

XV. — Non si sa intendere contratto senza oggetto; e nei contratti produttivi di obbligazioni, la creazione stessa di questa obbligazione costituisce l' oggetto della convenzione. Ma se v' è d' uopo di un oggetto pel contratto, evvi altresì bisogno di un oggetto, evidentemente, per l' obbligazione stessa; e siccome spesso il contratto avrà per iscopo la creazione di parecchie obbligazioni, ne segue che vi saranno spesso in iscena più oggetti nel contratto. Dell' oggetto dell' obbligazione, talvolta multiplo nel contratto, o non già precisamente dell' oggetto di tale contratto, si occupa il Codice, e noi qui ne tratteremo.

Perchè un contratto sia validamente formato ed ingeneri le obbligazioni che gli si vuol far produrre, è uopo che la cosa for-

mante l'oggetto di ciascuna obbligazione offra due condizioni: 1. che sia in commercio, e 2. che presenti allo stipulante una vera utilità, ed alla prestazione della quale possa astringere il promittente (art. 1126).

XVI. — È uopo in pria che la cosa sia in commercio. I fatti o le cose che, vuoi per loro natura, vuoi per formale dichiarazione del legislatore trovansi sottratte alla disposizione dell'uomo non potrebbero divenir l'oggetto di una obbligazione.

Tali sono: 1 i fatti fisicamente impossibili: 2. i fatti illeciti, cioè contrarii sia ad un testo della legge, sia ai buoni costumi, sia all'ordine pubblico; 3. le cose che non esistono in natura; 4. tutte quelle che fanno parte del demanio pubblico (ma beninteso sol quando continuino a farne parte), 5. quelle che trovansi sottratte alla disposizione dell'uomo da un testo espresso della legge, come sono, per massima, le successioni delle persone tuttora viventi; 6. le persone e quanto concerne il loro stato, salvo ben intesi i casi in cui la convenzione trovasi permessa da testi speciali, come pel matrimonio e per l'adozione (art. 1128).

XVII. — In secondo luogo l'oggetto debb'esser tale che il promittente possa essere astretto a procurare una qualche utilità allo stipulante.

Giusta questo principio il contratto sarebbe nullo, se l'oggetto indicato fosse talmente indeterminato che il preteso debitore potesse eseguir la sua promessa, mediante un fatto o una cosa di niun valore; p. es. se si fosse promesso di far *qualche cosa*, o di consegnare *un animale* (art. 1129).

Il contratto sarebbe parimenti nullo e per lo stesso motivo, se l'oggetto della promessa non fosse utile che ad una terza persona, di tal che lo stipulante non avesse interesse, e quindi azione, per richiederne l'esecuzione.

Del resto se la cosa o il fatto che non debbono essere utili che ad un terzo non possono formar l'oggetto dalla convenzione, poichè allora il promittente non trovasi legato, nulla toglie che questa cosa o questo fatto non sien ritenute come condizione o come peso della convenzione (art. 1119-1122).

Ritorneremo su tale idea, spiegando nella Sezione IV l'effetto dei contratti.

4. Della causa.

XVIII. — Un' ultima condizione necessaria alla validità ed anche alla formazione del contratto e delle obbligazioni che deve produrre, si è che ciascuna di tali obbligazioni abbia una causa lecita.

S'intende, in dritto, per causa dell'obbligazione, non già il motivo primo che à potuto determinar la parte ad obbligarsi, ma il motivo immediato del suo obbligo, vale a dire che non fa mestieri considerare il punto che essa à voluto raggiungere definitivamente e come ultimo risultato, ma solamente quello che, con la sua obbligazione, à voluto ottenere immediatamente. Sicchè, in ogni contratto a titolo oneroso, la causa dell'obbligazione altro non è che il vantaggio che l'obbligato à voluto ottenere dall'altra parte: se questo contratto è sinallammatico, la causa di ciascuna obbligazione trovasi precisamente nell'oggetto dell'obbligazione reciproca.

Quando io mi obbligo, p. es. a costruirvi una casa mediante l'obbligo che voi assumete di pagarmi 50,000 fr., il pagamento dei 50,000 fr. che forma l'oggetto del vostro obbligo è la causa del mio, e reciprocamente nella coatrnzione della casa trovansi in pari tempo l'oggetto della mia obbligazione e la causa della vostra. Nei contratti di beneficenza, la causa dell'obbligazione altro non è che il desiderio di rendere un servigio (art. 1108, art. 762, n. 11).

XIX. — Senza causa reale e lecita non è possibile alcuna obbligazione. L'obbligazione sarà dunque nulla, la promessa non legherà il promettente, tutte le volte che sarà senza causa o poggerà su di causa falsa o illecita.

Una promessa priva di causa al momento stesso in cui si fa, non può concepirsi (tranne se derivi da un uomo senza ragione, ed allora la promessa sarebbe nulla pel manco stesso di ragione, e non già soltanto pel manco di causa. Ma si comprende benissimo che la promessa trovasi senza causa, quando trattasi di una causa futura o successiva. Così, quando la raccolta, che io aveva anticipatamente promesso pagare il tal prezzo, non nasce; o quando la casa ch'io aveva preso in fitto per più anni bruciasi a capo di qualche mese, il mio obbligo trovasi nullo per manco di causa. — Se la causa, tuttochè esistente nel pensiero delle parti, in realtà non esistesse, egli è chiaro che, ad onta di questa causa puramente putativa e falsa, l'obbligazione sarebbe parimenti nulla, poichè daddovero sarebbe ancora senza causa. — L'obbligazione è altresì nulla, quando ne è illecita la causa. Si comprende del resto che la causa sarebbe illecita negli stessi casi in cui l'oggetto si trovasse esserlo, giusta quanto si è detto al paragrafo precedente (art. 1131, 1133).

§ 3.

Dell' interpetrazione dei contratti.

XX. — Tutte le regole relative all'interpetrazione dei contratti si riducono e necessariamente al principio unico, che è uopo ricercare

per tutti i mezzi possibili: quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti.

Laonde non si esiterà ad allontanarsi dal senso grammaticale dei termini, tutte le volte che il pensiero dei contraenti sarà diverso, e per rintracciare questo pensiero, è uopo anzitutto combinare le diverse clausole della convenzione per ispiegarsi l'una con l'altra, e ciascuna di esse con l'insieme dell'atto.

Per generali che sieno le espressioni adoperate dalle parti, la convenzione non si applicherà che agli oggetti pei quali si vedrà che queste parti ànno inteso contrattare; ma reciprocamente se le parti, prevedendo specialmente una ipotesi, non àn voluto che dare un esempio, e meglio spiegare la loro volontà, non si restringerà a questo caso particolare l'effetto del contratto.

Le clausole, suscettive di due significati, s'intenderanno piuttosto nel senso col quale debbono avere un effetto, che in quello con cui non ne produrrebbero alcuno. Se i due significati, di cui la clausola è suscettibile, possono egualmente produrre degli effetti, bisogna attenersi a quello che meglio conviene alla natura del contratto.

Inoltre, i principii dell'equità, le regole generali tracciate dalla legge pel contratto di cui trattasi, o per quello il più analogo, l'uso dei paesi, e le circostanze particolari, nelle quali le parti àn contrattato, debbono consultarsi per rischiarare, o anche per completare il pensiero dei contraenti (art. 1135 e 1156-1164).

§ 4.

Dell' effetto dei contratti.

XXI. — Qualunque convenzione, dacchè è legalmente formata, lega le parti contraenti, come farebbe la legge stessa. Ma ciò non vuol dire al certo, che le convenzioni sieno delle leggi propriamente dette, e quindi la mala interpetrazione di un contratto non potrebbe dar adito in cassazione. Sarebbe altrimenti, ben inteso, se una sentenza, mentre riconoscesse in un atto il carattere del tal contratto, gli avesse applicato le regole di un altro contratto: la sentenza in questo caso avrebbe violato le regole tracciate dal Codice sul primo contratto, e fatta una falsa applicazione di quelle che regolano il secondo: dovrebbe dunque essere cassata. Ma finchè i giudici applicheranno le regole del contratto che, a torto o a ragione, avranno riconosciuto esistere, è chiaro, che potrà sol esservi mal giudicato, falsa interpetrazione della convenzione, e non già falsa interpetrazione dei principii della legge (art. 1134).

XXII. — La convenzione, abbiam detto, lega le parti contraenti, come farebbe la legge stessa. Or essa non le obbliga soltanto a quanto è espresso nell'atto, ma anche a tutte le conseguenze che la legge, l'uso o l'equità danno alla convenzione, a seconda della sua natura. Presso di noi infatti tutti i contratti in generale debbono intendersi ed eseguirsi di buona fede, a differenza di quanto aveva luogo in Roma, in cui principii del tutto matematici, e formole inflessibili, mettevano sì spesso il dritto in opposizione con la giustizia. Gli è perciò che nell'interpetrazione dei contratti è ordinato, come più sopra si è veduto, non solo di schiarire le clausole di un atto, ma anche di completarle, di supplirle, sia con le regole generali della legge, sia coi principii dell'equità naturale, sia secondo l'uso dei luoghi, sia secondo le altre circostanze nelle quali le parti ànno trattato (art. 1135).

XXIII. — Le convenzioni in generale non ànno effetto che pro o contro le parti contraenti, o loro aventi causa: esse non possono nè nuocere, nè giovare ai terzi. Ciò diciamo in generale, chè questa regola non è senza eccezione.

Sicchè nulla toglie di fare una stipulazione a pro di un terzo, quando siffatta stipulazione non è che la clausola accessoria di una convenzione che si fa per proprio conto. La stipulazione così fatta costituisce, per parte dello stipulante, l'offerta di una liberalità che è evidentemente libero di rivocare, finchè il terzo al quale è diretta non sia venuto ad accettarla: ma dacchè vi è stata accettazione per parte di costui, vi è concorso di volontà, contratto, e quindi la rivocazione più non è possibile. — Noi qui supponiamo che l'offerta sia fatta col terzo dal solo stipulante; chè se emanasse dai due contraenti, di tal che il promettente non avesse inteso ubbligarsi se non nell'intenzione di gratificare il terzo, gli è chiaro che la revocazione non potrebbe farsi che di comune accordo di ambe le parti. — Inoltre la liberalità non mutandosi che accessoriamente in un altro contratto non è sottoposta ad altre forme, tranne quelle che richiedonsi pel contratto da cui dipende, per modo che, se il contratto non è esso stesso che una donazione, non vi sarà alcuna necessità di atto notarile (art. 1119-1122 e 1163).

XXIV. — Le nostre convenzioni, abbiam detto, nuocciono o giovano a tutti i nostri aventi-causa, e fra costoro trovansi i nostri creditori.

Essi infatti ànno pel pagamento dei loro crediti un dritto di pegno su tutti i beni, quali che sieno, costituenti il patrimonio del loro debitore; di talche questo dritto di pe-

gno aumenta o diminuisce, secondo che il debitore, mercè le convenzioni che forma, aumenta o diminuisce il suo patrimonio (*ibid*).

XXV. — I creditori avendo così dritto di pegno su tutti i beni del loro debitore, ed i dritti ed azioni che possono competere a costui, formando una parte dei suoi beni, questi creditori potranno dunque, per giungere al pagamento, esercitare in nome del debitore, tutt' i diritti ed azioni che gli appartengono. Ma è mestieri perciò ben inteso che trattisi di un credito scaduto, e che il debitore ricusi di esercitare egli stesso il dritto o l'azione per attribuirne il vantaggio al creditore; è uopo finalmente, giusta la regola generale che niuno può impadronirsi di sua autorità dei beni di un debitore, che il creditore si faccia autorizzare dal giudice all'esercizio del dritto o dell' azione.

Per tuttavolta v' à taluni dritti che sono esclusivamente annessi alla persona, alla quale competono, e che i creditoci non potrebbero quindi esercitare.

Tali sono anzitutto que' dritti, il cui interesse è puramente morale.

Quando trattasi di dritti che offrono un lato morale e pecuniario ad un tempo, è necessaria una distinzione: quando il lato puramente morale si prenderà come oggetto stesso dell'azione, è chiaro che l'azione non potrà esercitarsi che dalla persona stessa; che se al contrario l'oggetto della domanda è puramente pecuniario, e il lato morale dell' affare soltanto s' involva, come argomento in appoggio della pretesa, nulla toglie che l' azione sia esercitata dai creditori. Ma àvvi delle azioni, le quali tuttochè pecuniarie nel loro oggetto, non potrebbero giammai esercitarsi dai creditori. Tali sono le domande di revoca di donazione per ingratitudine, o di danni-interessi per delitti contro la persona; queste azioni poggiando su di una ingiuria, ed estinguendosi col perdono della persona offesa, ne segue che non possono esercitarsi contro la volontà di tale persona.

In quanto ai dritti che nulla ànno che di pecuniario, l' esercizio si appartiene necessariamente ai creditori, finchè un testo speciale non li riserbi alla persona stessa. C terremo qui come rigurosamente riserbate alla persona da una precisa disposizione della legge, i dritti di uso e di abitazione, la domanda della moglie per separazione di beni, l'azione di retratto successorio. Ma tranne una formale riserva, qualunque dritto puramente pecuniario può esercitarsi dai creditori. È uopo in ispecie allogare in questa classe le azioni di nullità di convenzioni per errore, violenza, lesione o dolo, e le eccezioni che la legge, in materia di garentia, chiama *puramente personali al debitore*. Queste parole di *eccezione personale* in fatto presentano, in materia di garentia, un senso tutto proprio, che si oppone alla *eccezione reale*, la quale significa semplicemente, che l' eccezione non può invocarsi dal garante, e non può esserlo che dal debitore o suoi aventi causa: la qualifica di *personale al debitore* qui dunque non esclude se non i garanti di esso debitore, e per nulla i suoi creditori (art. 1116).

XXVI. — Il pegno dei creditori essendo di natura imperfetta, in quanto che lor non concede il dritto di seguire i beni del debitore fuori del suo patrimonio, ed al contrario estinguesi con l' alienazione che ne fa il debitore, la legge doveva proteggere questi creditori contro gli atti coi quali il debitore avesse fraudolentemente diminuito un tal patrimonio. Essa lo à fatto, accordando loro per tal caso, sotto le condizioni che saranno indicate, un' azione la quale fa considerare l' atto fraudolento come non avvenuto, ed il bene alienato come non uscito dal patrimonio, e trovandosi sempre sottoposto al dritto di pegno: *permittitur creditoribus rescissa traditione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse*. Quest' azione chiamasi perciò azione revocatoria ed anche *Pauliana* dal nome del Pretore che l'aveva introdotta in Roma.

Perchè siavi luogo all' azione revocatoria è uopo anzi tutto, che si tratti di un atto, il quale à determinato o aumentato l'insolvibilità del debitore, di un atto quindi pel quale questo debitore à diminuito il suo patrimonio, e non già soltanto trascurato di accrescerlo. Se si trattasse infatti del semplice rifiuto di acquistare un nuovo fondo, i creditori non potrebbero dire che si è diminuito l' oggetto del loro pegno: che se l'atto, mentre opera una diminuzione del patrimonio, non rende il debitore insolvibile, i creditori non potrebbero dolersene, poichè egli avrebbe lasciato una garentia sufficiente a' loro crediti. È uopo inoltre che l' atto siasi fatto dal creditore fraudolentemente, vale a dire conoscendo la sua insolvibilità, ed il torto che arrecava ai suoi creditori.

Ma è uopo che siavi altresì frode per parte di colui col quale il debitore à contrattato? Sì, se trattasi di un atto a titolo oneroso; perchè allora l'acquirente del bene, di cui vorrebbesi far risolvere l' alienazione, lotta al pari dei creditori per evitare una perdita, di tal che non v' è luogo, quando à agito in buona fede, di spossessarlo a pro di costoro. Ma negli atti a titolo gratuito la frode della parte non è necessaria, perchè essa cerca soltanto di fare un guadagno, ed è quindi, anche nel caso di buona fede, men favore-

volo dei creditori. Che se un acquirente passibile dell' azione (perchè avesse acquistato a titolo gratuito, o anche a titolo oneroso, ma di mala fede) avesse trasmesso il bene a un sotto-acquirente, costui dovrebbe esser trattato secondo la stessa regola e mantenuto perciò, se avesse acquistato a titolo oneroso e di buona fede. Così stabiliva il nostro antico dritto, ai principii del quale si rapporta il nostro Codice; ed infatto è chiaro, che trattando con colui che il debitore à pubblicamente messo in suo luogo e vece, non si ànno minori dritti, che se si fosse trattato con un mandatario di esso debitore.

Se mercè sentenze, e lasciandosi condannare per collusione con l'avversario, avesse il debitore frodato i suoi creditori, costoro agirebbero con l' opposizione di terzo.

Coloro che non sono divenuti creditori di una persona che dopo l' adempimento di un atto fraudolento, non possono evidentemente domandare la revoca di tale atto, poichè il bene che l' atto à fatto uscire dal patrimonio della persona non era mai stato loro pegno; ma se tale revoca si fosse ottenuta da un altro creditore, essi ne dividerebbero necessariamente il benefizio; poichè l' effetto della revoca, come più sopra si è veduto di far considerare il bene come avente fatto sempre parte del patrimonio, e tutti i creditori, tranne il caso di privilegio od ipoteca, ànno egualmente dritto su tale patrimonio.

La durata dell' azione Pauliana non essendo limitata da alcun testo di legge, la regola che fissa a dieci anni la durata delle azioni di nullità non essendo fermata, come si vedrà, se non per quelle che sono intentate dell'autore stesso della convenzione, questa azione non dovrà estinguersi che con trent' anni, i quali decorreranno dalla data dell' atto fraudolento (art. 1167).

XXVII. — Termineremo questo paragrafo con un' importante osservazione. I contratti, siccome si è veduto nel principio di questa sezione 1ª, non ànno per unico effetto di creare obbligazioni: possono anche estinguere obbligazioni precedenti, ed inoltre dopo il Codice civile, operare il trasferimento della proprietà o dei suoi smembramenti, ma allora soltanto ben inteso, quando trattasi di corpi certi, di cose determinate *in ipso individuo*.

Avvi dunque oggidì tre classi di contratti o di convenzioni: 1. i contratti produttivi di obbligazioni. 2. i contratti estintivi di obbligazioni, e 3. i contratti traslativi di dritti reali. Si comprende inoltre che uno stesso contratto può riunire questi tre caratteri, o due tra essi, come pure può presentarne uno solo.

È un principio tutto nuovo ed importantissimo ad un tempo quello del trasferimento della proprietà e di altri dritti reali per l' effetto immediato della convenzione, pel solo accordo delle volontà, e senza alcuna necessità nè di tradizione della cosa, nè di trascrizione dell' atto. I redattori del Codice non ànno nettamente formolato siffatta regola, anzi è vero il dire, che nella loro teoria tale regola punto non esiste. Ma questa teoria di una sottigliezza davvero ridicola è talmente insignificante, che in deffinitiva non se ne deve anzi non se ne può tenere alcun conto... Ecco la bizzarra dottrina alla quale si son fermati su tal punto: — « La convenzione di trasferire la proprietà di un oggetto certo non produce sempre come a Roma e nel nostro antico dritto se non l' obbligo di consegnare tale oggetto; e gli è sempre l'eseguimento di tale obbligazione, vale a dire la tradizione della cosa, che ne trasferisce la proprietà. Ma non fa d'uopo che questa tradizione sia reale, basta una tradizione puramente fittizia e civile risultante dalla semplice volontà delle parti. Or questa tradizione civile sarà ormai considerata come esistente di pieno dritto in ogni convenzione, senza che siavi bisogno di alcuna dichiarazione a tal riguardo » — Tal è il sistema del Codice, sistema la cui ultima idea, come ben si vede, distrugge le prime, e che vuol dire che sempre (e tranne il caso in cui le parti avessero espresso una volontà contraria) è la convenzione stessa di trasferire il dritto reale che ne opererà immediatamente il trasferimento (1), senza che la tradizione effettiva sia per nulla necessaria (art. 1138).

Del resto la convenzione, mentre opera immediatamente il trasferimento della proprietà, crea inoltre la duplice obbligazione 1. di fare, all'epoca convenuta, la tradizione reale o consegna dell' oggetto, e 2. di conservare l' oggetto sino a tale consegna (art. 1136).

Per quanto concerne la trascrizione dell'atto, i redattori sono stati lunga pezza nel dubbio di sapere, se non ne imponessero la necessità pel trasferimento dei dritti reali immobiliari; ma questa necessità fu diffinitivamente respinta, ed il pieno ed assoluto tra-

(1) In quanto ai mobili il trasferimento della proprietà pel solo effetto del contratto non potrebbe impedire che di due acquirenti, a pro dei quali l' oggetto fosse stato successivamente alienato da una stessa persona, il secondo ne rimarrebbe proprietario, se avesse in buona fede ricevuto il possesso. Senza dubbio il primo era divenuto proprietario dal momento della convenzione, ma la sua proprietà giusta la regola dell'art. 2279 trovasi infranta dalla prescrizione, tosto che altri à posseduto l'oggetto in buona fede (art. 1141).

sferimento del dritto trovasi consacrato per gl'immobili del pari che pei mobili (art. 1140).

SEZIONE II.

DEI QUASI CONTRATTI, DEI DELITTI, DEI QUASI DELITTI E DELLA LEGGE.

§ 1.

Dei quasi-contratti.

XXVIII. — Chiamasi quasi-contratto, nel sistema del Codice, il fatto lecito e volontario che obbliga, senza l'aiuto di alcuna convenzione, or l'autore del fatto soltanto verso i terzi, or i terzi e l'autore del fatto reciprocamente, or anche i terzi soltanto verso l'autore del fatto (art. 1371).

Uno dei casi più frequenti del quasi-contratto è l'accettazione di successione. Questa accettazione in fatti, che da una parte non costituisce una convenzione è da altra parte un fatto volontario (chè l'erede è libero di rinunziare), fatto lecito ad un tempo, e che ingenera obbligazioni. Poichè in seguito di tale fatto l'erede trovasi obbligato al pagamento dei legati, i quali in caso di rinunzia non potrebbero ripetersi che sul bene della successione; in seguito di tal fatto parimenti l'erede trovasi tenuto, a fronte dei creditori ereditarii, di prendere per suoi i debiti dell'autore, e i debitori della successione sono obbligati di riconoscerlo per creditore in luogo e vece del defunto (*ibid.*).

La legge si occupa specialmente di due quasi-contratti, di cui riprodurremo qui le principali regole.

1° Del quasi contratto di gestione di affari.

XXXIX. — Colui che volontariamente e senza mandato amministra l'affare altrui, si assoggetta a tutte le obbligazioni di un mandato formalmente accettato. La sua gestione deve continuarsi, finchè il padrone o i suoi eredi possano incaricarsene, e deve abbracciare tutte le dipendenze dell'affare (art. 1372-1373).

Siffatto obbligo imposto al gerente di continuare la gestione anche dopo la morte del padrone è più rigoroso di quello che la legge impone al mandatario. Quest'ultimo infatti è più degno di favore. Non pertanto, se fossevi necessità, il gerente potrebbe ritirarsi: ma occorre che la sua ritirata nulla abbia di nocivo o d'intempestivo. Ei deve della sua gestione un conto più severo del mandatario, ciò nullameno questa severità dovrà temperarsi, secondo l'occorrenza dei casi. Se abbia a sè sostituito un altro nell'amministrazione, il padrone avrà direttamente azione ad un tempo, e contro costui e contro il gerente (art. 1374).

Allorchè il padrone conosce la gestione, sembra fuori dubbio che non possa dirsi, a seconda dei casi, esservi allora tacito mandato, poichè anche a Roma il mandato era un contratto consensuale; ma si è questa una quistione di fatto, la cui soluzione dipende necessariamente dalle circostanze (art. 1372).

Dopo le obbligazioni del gerente vengono quelle del padrone. Perchè costui sia tenuto, è uopo che siavi stata gestione *utile*: non sarebbe tenuto per un *cattivo* affare, come il mandante. Del resto l'inutilità di una impresa non si determina secondo il risultato diffinitivo; è nopo rimontare all'origine dell'operazione ed esaminare, se aveva uno scopo realmente utile. Se il gerente à contratto obblighi in nome del padrono, questi deve adempierli direttamente, ammeno che l'affare non sia inutile, chè in tal caso il padrone a nulla è tenuto. Il terzo non à allora regresso che contro il gerente, poggiandosi sul danno che gli ha cagionato l'imprudenza di questo. Quando il gerente si è obbligato in suo proprio nome, il terzo, oltre l'azione che ha contro il gerente, ha pure azione contro il padrone, per analogia del mandato. E per la stessa analogia, il gerente ha dritto agli interessi delle sue spese dal giorno stesso in cui le ha fatte (art. 1375).

XXX. — Le regole qui sopra dette, sarebbero applicabili a colui che avesse amministrato l'affare altrui per mero errore e credendolo suo proprio, dappoichè il quasi-contratto di gestione deve vedersi in qualunque gestione dell'affare altrui, anche fatta senza il pensiero che era affare altrui, e senza l'intenzione quindi di obbligare altri. L'equità reclama questa soluzione non meno imperiosamente che i principî. — Che se una persona amministrasse l'affare di un terzo, ad onta del divieto di costui, potrebbe sempre reclamare dal proprietario quello di cui quest'ultimo sarebbesi arricchito colla gestione; dacchè le nostre leggi antiche dell'equità non permettono che niuno si arricchisca *mai* a spese di un terzo, anche quando questo terzo è in colpa e di mala fede (*ibid.*).

2° Della ricezione delle cose indebite.

XXXI. — La legge prevede due casi distinti di ricezione di cose indebite: 1° il caso in cui quegli il quale ha ricevuto il pagamento non era creditore; 2° quello in cui egli era effettivamente creditore, ma che trovasi aver

ricevuto da un non-debitore. In quest' ultimo caso il non debitore è ammesso a ripetere per aver pagato *per errore*, perchè colui che ha fatto un pagamento, cui sapeva di non dovere, deve essere riguardato averlo fatto per conto del vero obbligato, del quale ha così amministrato l' affare. Similmente il non debitore che ha agito scientemente, non avrà ad esercitare alcun regresso contro il creditore che ha validamente ricevuto, ma soltanto contro colui pel quale egli ha pagato, per mezzo dell' azione *negotiorum gestorum*. Nel primo caso al contrario la ripetizione sarà sempre ammessa, senza esservi luogo a destinguere, se vi sia stato errore oppur no. Gli è vero che, nel dritto Romano, ogni qual volta una cosa indebita era stata pagata senza errore e a *disegno*, la ripetizione non era punto ammessa: si vedeva in ciò una donazione: ma il nostro Codice ha rigettato questo sistema, e dal momento che la cosa non era dovuta, essa può ripetersi almeno *come cosa pagata* (art. 1376-1377).

Non vi è più nemmeno a distinguere, come sotto l' impero del dritto Romano, fra l'errore di fatto e quello di dritto (*ibid.*)

I principii di equità consacrati dal Codice civile traggono seco forzosamente questa conseguenza, che il debitore a termine il quale, nell' ignoranza del termine, paga immediatamente ciò ch' egli deve in un' epoca più lontana, può ripetere quanto ha pagato per goderne fino alla scadenza. Gli è vero che, malgrado il termine, la cosa è dovuta, ma essa non è dovuta che *in quanto al capitale*, in quanto *al fondo*. Il godimento, gl' interessi non sono dovuti prima dell' esigibilità. Colui dunque che per errore perde questo godimento o quest' interessi con un pagamento anticipato, paga più che non deve, ed ha dritto a ripetere. Nel caso stesso in cui il pagamento è stato fatto, per errore, da un non debitore al creditore effettivo, la ripetizione non ha più luogo, se, in seguito di un pagamento, il creditore ha soppresso il suo titolo di buona fede, cioè a dire nell' ignoranza che non era suo debitore colui che l' ha pagato. È chiaro che la buona fede consiste nella credenza erronea che la cosa è dovuta, e la mala fede nel conoscere chè essa non lo è (*ibid.*).

XXXII. — Allorchè trattasi di somme di denaro o altre cose indeterminate, colui che le ha indebitamente ricevute, di buona o mala fede che sia, deve rendere o le identiche cose, o altre in simile quantità e qualità. Ma qui finisce il suo obbligo s'egli è di buona fede. Se, al contrario egli è di mala fede deve pagare inoltre o il valore estimativo delle cose, o se trattasi di somme di danaro, gl' interessi di queste somme, quand' anche ei non li avesse percepite. Solo il possessore di buona fede guadagna i frutti (art. 1378-1380).

Se trattasi di un immobile, o di un corpo certo, colui che lo ha ricevuto, deve renderlo in natura, se lo possiede ancora. In quanto ai frutti si applica la distinzione qui sopra detta.

Inoltre s' egli era di mala fede al momento de' deterioramenti, della perdita o dell' alienazione, in questi ultimi due casi deve restituire il valore reale, e in caso di deterioramento indennizzare il proprietario, quand' anche i deterioramenti avessero avuto luogo per caso fortuito, a meno che tuttavolta egli non pruovi che sarebbero egualmente accaduti nelle mani del proprietario. Ma s' egli è di buona fede, non risponde nè dei deterioramenti nè della perdita proveniente dal suo manco di cure (*ibid.*)

L' immobile, indebitamente ricevuto e poscia alienato, può essere revindicato fra le mani del terzo acquirente da colui che l' ha indebitamente pagato. In fatti, non possonsi trasferire de' dritti che non si hanno per sè stesso, e l' alienazione fatta dal non proprietario non rende proprietario l' acquirente. Or colui che ha ricevuto, in preteso pagamento, l' immobile che non gli era dovuto, non ha potuto divenirne proprietario, poichè la cessione non gli è stata fatta che per errore e an di una falsa causa. E perchè fosse altrimenti, farebbe mestieri di una eccezione che non esiste nella legge. Dal resto l'attore per evizione sarà tenuto di rimborsare allo alienante, allorchè costui sarà di buona fede, tutto quel che pagasse all'acquirente in più del prezzo ricevuto. Il pregindizio, se ve ne à, debb' essere per colui, la cui imprudenza e disattenzione ne son causa (*ibid.*).

In quanto al regolare le spese fatte dal possessore di buona o mala fede, è mestieri esaminarne la natura. Quelle che si son fatte per la conservazione della cosa, debbono sempre restituirsi integralmente, senza distinzione della buona o mala fede del possessore. Alle spese semplicemente utili, ma non indispensabili, è uopo applicar la regola generale tracciata per qualunque possessore dall' art. 555. Da ultimo le spese voluttuarie non sono rimborsabili dal proprietario, salvo che il possessore potrebbe togliere quel che fosse suscettivo di esserlo, a patto di ristabilire le cose nel loro pristino stato (art. 1381).

§ 2.

Dei delitti e quasi-delitti.

XXXIII. — In dritto civile chiamasi *delitto* qualunque fatto volontario ed illecito cagio-

nante danno ad altrui, e compiuto con l'intenzione di nuocere. Il quasi delitto è la stessa cosa, con questa differenza che non è accompagnato dall'intenzione di nuocere.

Il delitto e il quasi-delitto non possono dar luogo alla riparazione che sotto queste due condizioni: 1° che il fatto sia illecito; vale a dire che presenti una violazione del dritto: 2° che sia imputabile all'agente, vale a dire davvero volontario, e provveniente da una libera determinazione (1382-1383).

Così è dell'omissione come del fatto positivo per commissione. La omissione dev'essere imputabile ed illecita per dar luogo alla riparazione, e non si è risponsabile dell'astenzione da una cosa, se non quando questa cosa era prescritta dalla legge (*ibid.*)

Del resto, la legge qui intende parlare della violazione dei doveri generali o non già dei doveri speciali risultanti dalle obbligazioni. Siffatta distinzione non è priva d'importanza, a causa delle conseguenze che la falsa idea di identità dei doveri generali e co' doveri speciali trarrebbe seco, relativamente ai danni impossibili a prevedersi. Queste conseguenze sarebbero false, se si applicasse nella nostra materia la distinzione stabilita dalla legge per la violazione di obbligazioni (*ibid.*).

XXXIV. — I casi in cui la legge impone a una persona la responsabilità del danno arrecato, sia da altre persone da lei dipendenti, sia da animali e da cose che le appartengono o sono confidate alle sue cure, sono dei casi di quasi delitti (art. 1384-1386).

Questa responsabilità poggia sulla presunzione legale che l'obbligato, tenuto di sorvegliare le persone o le cose, ha colpevolmente omesso di farlo; e la presunzione di colpa (che deriva qui di pieno dritto dalla constatazione del danno arrecato dalle persone, dagli animali o dalle cose) è più o meno severa, secondo i casi (*ibid.*)

XXXV.—Il padre è responsabile del danno arrecato dal figlio, fintantocchè esso è minore e coabita con lui. Non v'è luogo a distinguere, se il figlio sia o pur no emancipato. Sarebbe altrimenti, se il figlio fosse ammogliato, poichè allora è uscito dalla patria potestà. Ciò se vi è pel padre impossibilità di sorvegliare il figlio, la sorveglianza ricade sulla madre. In caso di separazione personale, gravita su quello dei conjugi, cui è affidato il fanciullo. Il tutore è ugualmente risponsabile, quando si è egli incaricato di vigilare sul pupillo.

Le persone suddette possono declinare la responsabilità, provando che loro è stato impossibile di impedire il fatto pregiudizievole; tutto che la loro sorveglianza e le loro cure sieno state quali dovevano essere. Gl'istitutori ed artigiani rispondono pure del danno arrecato dai loro allievi o apprendisti, e si discaricano parimenti di siffatta risponsabilità, provando di non averlo potuto impedire il danno.

In quanto ai padroni e committenti sono soggetti alla stessa responsabilità; ma non possono essere ammessi a provare di non aver potuto impedire il fatto pregiudizievole dei loro domestici o preposti, allorchè costoro ànno agito nell'esercizio delle funzioni alle quali erano impiegati.

Arrogi che quando l'autore del fatto à agito con discernimento, colui che à subito il pregiudizio può agire allora a sua scelta, o contro l'autore stesso del fatto, o contro la persona civilmente risponsabile; e se questa à pagato l'indennità, ne à il regresso contro l'autore del fatto (art. 1384).

XXXVI. — Il proprietario di un animale è risponsabile del danno che questo animale à arrecato, sia che fosse sotto sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito. Infatti, o egli non à preso tutte le cautele che la prudenza richiedeva, ed allora è in colpa, o l'animale è di natura tale, che tutte le cautele sono inutili, e quindi egli à avuto colpa in conservarlo (art. 1385).

Si applicherebbe la responsabilità pei conigli di una conigliera, ma non per quelli vaganti nei boschi, nè per tutt'altra cacciagione, perchè il proprietario della conigliera è proprietario dei conigli, e la caccia al contrario, punto non appartiene a colui sul terreno del quale va a riposarsi (*ibid.*)

Colui che dà in fitto o in prestito un animale, o che lo riceve a titolo di deposito è sottoposto alla medesima responsabilità; soltanto egli à il regresso contro il padrone, se questi non l'ha avvertito della natura difficile o pericolosa dell'animale (*ibid.*)

Da ultimo il proprietario di un edificio è risponsabile del danno arrecato per la rovina di quello; allorchè è avvenuta in seguito del manco di manutenzione, o per vizio di costruzione: ma in questo ultimo caso il proprietario à il regresso contro gli architetti o gli appaltatori. Qui ancora è una presunzione legale, ed il proprietario non è neppure ammesso a provare ch'egli non à potuto impedire l'accidente (art. 1386).

Del resto, varii altri casi di risponsabilità van regolati, oltre del Codice civile, da leggi speciali, e ne vedremo altresì nel Codice civile medesimo.

XXXVII. — Ci restano ad aggiungere poche parole sulla durata dell'azione per riparazione del danno.

Per massima, quest'azione dovrebbe durare trent'anni, come qualunque azione personale

e mobiliare. Ma se quest' azione si fonda su di una infrazione repressa dalla legge penale, vien sottoposta alla medesima prescrizione dell'azione criminale stessa. Essa è di dieci anni pei misfatti, di tre anni pei delitti, e di un anno per le contravvenzioni. — Se non pertanto la parte lesa à cura di non prevalersi del misfatto punibile criminalmente, e di non argomentare che da una semplice colpa civilmente reprensibile, potrà esercitare l'azione durante trent'anni, come lo potrà ogni qual volta il delitto civile o il quasi-delitto non costituisca una infrazione colpita dalla legge penale (art. 1386).

CAPITOLO II.

DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI.

XXXVIII. — Si possono, collocandosi sotto diversi punti di vista, distinguere molte divisioni delle obbligazioni.

Così le obbligazioni sono *convenzionali*, o non *convenzionali*, secondo che provengono da una convenzione o da altra fonte (*rubr. dei tit.* III e IV). — Son *positive* o *negative*, secondo che consistono nel fare o dare taluna cosa, o al contrario nel non fare, o nel non dare tale cosa (art. 1136-1142). — Sono *liquide* o *non liquide*, secondo che la quantità del loro oggetto è o pur no attualmente fissata (art. 1291). — Sono di *corpi certi* o *di generi*, secondo che quest'oggetto è determinato nel suo stesso individuo, o non lo è che per la specie alla quale appartiene (art. 1302). — Son *privilegiate* o *non privilegiate*, *principali* o *accessorie*, *civili* o *naturali*, ec. ec.

Ma non vi sarebbe alcun utile ad insistere su tutte queste divisioni, e salvo la distinzione delle obbligazioni civili e naturali, di cui importa dir qualche parola, noi non ci occuperemo che delle classificazioni presentate dal testo stesso del Codice, esponendole non pertanto in modo più logico.

XXXIX. — Sembrerebbe troppo semplice di dire che l'obbligazione naturale, per opposizione all' obbligazione civile, è quella che trovasi valida in ragione ed in coscienza, tutto che nulla, giusta la leggo positiva. Ma questa nozione, che sarebbe perfettamente esatta, se si trattasse di opporre la morale al dritto, diviene difficilissima o meglio impossibile ad ammettersi qui.

In fatti quest' obbligazione che qui apparisce come un dovere cui la legge positiva stessa riconosce e protegge, (nell'atto che la distingue dall'obbligazione ordinaria), ed il nostro Codice civile da altra banda, a differenza del dritto romano, intendendo seguire dovunque le regole dell'equità, ed ammettere come civilmente efficace qualunque convenzione seria e lecita, non si vede come potrebbe esistere un obbligo civile ordinario, come potrebbe la legge ammettere, che un obbligo è davvero giusto e ragionevole, senza accordargli l'efficacia giuridica : sembra che, presso di noi, qualunque obbligazione, sol perchè è riconosciuta dalla legge, dovesse essere obbligazione civile.

Così è infatti nella realtà delle cose, e la distinzione che ci occupa, altro non è che un modo di parlare; chè l'obbligo di cui si tratta diviene efficace *civilmente* al momento stesso in cui la legge riconosce che esiste naturalmente. Riguardatolo sulle prime come nullo *in equità del pari che in dritto*, il legislatore lo dichiara valido *in dritto come in equità*, quando la volontaria esecuzione del debitore, o qualche atto equivalente ed attestante per parte di costui il valor reale del debito, indica l'errore in cui si era.

In definitiva adunque bisogna intendere per obbligazione naturale, sotto il Codice civile, l'obbligazione che il legislatore ritiene sulle prime come nulla, per applicazione di una presunzione generale d'invalidità, e che sanziona in seguito, perchè una esecuzione libera, o qualche atto equivalente viene a provare che siffatta presunzione era falsa.

Egli è evidente inoltre che questa sanzione non potrebbe estendersi alle obbligazioni che la legge riguarda come illecite, e la cui invalidità proviene quindi da un divieto della legge. Allorquando il legislatore crede necessario proscrivere una convenzione, sarebbe affatto assurdo che potesse proteggerne l'esecuzione (art. 1235, 1272, n. III.)

XL. — Dopo queste osservazioni tratteremo successivamente in questo capitolo :

1° delle obbligazioni pure e delle obbligazioni condizionali ; — 2° delle obbligazioni a termine e di quelle scadute; — 3° delle obbligazioni semplici e di quelle composte, in quanto al loro oggetto, il che abbraccia le obbligazioni congiuntive, alternative e facoltative ; — 4° delle obbligazioni uniche e di quelle multiple, in quanto alle persone, il che abbraccia le obbligazioni congiunte e quelle solidali ; — 5° delle obbligazioni divisibili e delle indivisibili: — 6° finalmente delle obbligazioni principali e delle accessorie, specialmente in quanto concerne la clausola penale.

SEZIONE PRIMA

DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI

§ 1.

Della condizione in generale e delle sue diverse specie.

1. Natura della condizione e sue diverse specie.

XLI. — S' intende per condizione l' avvenimento *futuro od incerto*, da cui dipende l' esistenza di un dritto, che si formerà o pur no, secondo che si avveri o pur no siffatto avvenimento.

L' avvenimento debb' essere *futuro*; e quello che fosse attualmente compiuto, tutto che ignoto alle parti, non formerebbe condizione. L' obbligazione sottoposta ad un tale avvenimento, sebbene le parti ne ignorassero la sorte, in quanto al presente, non avrebbe nulla di condizionale; sarebbe soltanto sottoposta a un termine, perchè la sua esecuzione si troverebbe ritardata durante il tempo necessario, per informarsi sull' inesattezza o inesistenza del fatto preveduto. L' avvenimento futuro deve anche essere *incerto*; poichè è evidente che, se la sua realizzazione è inevitabile, l' obbligazione è immediatamente formata, e si trova soltanto colpita di un termine (art. 1168-1181).

XLII. — È dell' essenza della condizione di *sospendere* l' esistenza dell' oggetto, il quale ne vien colpito; una cosa condizionale è quella che esisterà *se*... e non esisterà *se*... La condizione è dunque necessariamente e sempre *sospensiva*, sì quando essa cade sulla risoluzione di un dritto che quando affetta il dritto stesso.

In questo ultimo caso, il dritto (l' obbligazione per esempio) è condizionale; nell' altro lo è la risoluzione di questo dritto, dritto che resta puro e semplice. Tuttavolta, e sebbene la condizione non possa essere così che sospensiva, sospensiva del dritto, o sospensiva della risoluzione di questo dritto, nondimeno siccome la condizione che viene ad attuare la risoluzione del dritto fa sparire questo dritto completamente e retroattivamente, si è solito a riguardare il dritto sottoposto alla risoluzione condizionale come affetto esso stesso dalla condizione, che si è chiamata per questo caso condizione *risolutiva*. Questa maniera di parlare che presenta due specie di condizioni, sebbene non possa esservene che una, è indifferente per altro, se si comprendono bene le idee che essa esprime poco esattamente (art. 1168).

Conviene qui far notare che in ogni trasferimento di dritti reali una condizione, vuoi sospensiva, vuoi risolutiva, non può esistere per una delle parti senza trar seco per l' altra la condizione contraria: se l' acquirente ottiene il dritto sotto condizione sospensiva, l' alienante lo conserva per ciò stesso sotto condizione risolutiva e reciprocamente (*ibid.*)

Del resto il non verificarsi di un avvenimento, può come il suo avveramento prendersi per condizione, vuoi sospensiva, vuoi risolutiva; a talchè la condizione sarà or *positiva*, or *negativa*.

XLIII. — Le condizioni aventi per oggetto una cosa impossibile, contraria ai buoni costumi, o vietata dalla legge son nulle e rendono nulla eziandio la convenzione che ne dipende (art. 1172).

Ma siffatta regola alla quale la legge per effetto di una inesplicabile rutina sottrae i testamenti e le donazioni (art. 900) deve però applicarsi con discernimento. Così è ben chiaro che, se la condizione sospensiva di una cosa impossibile, immorale o illecita è sempre nulla ed annulla sempre la convenzione, quando è positiva, vale a dire quando consiste nel fare la cosa preveduta, può benissimo secondo i casi conservare tutto il suo vigore, allorchè è negativa e consiste nel non fare essa cosa. S' intende del pari che la regola sarebbe per la condizione risolutiva tutto il contrario di quel che è per la condizione sospensiva (art. 1172).

XLIV. — La legge distingue ancora le condizioni in *causali*, *potestative e miste*. La condizione è *potestativa*, quando è in potere di una delle parti di fare avverare o non avverare l' avvenimento previsto. È *mista* quando siffatto avvenimento dipende ad un tempo dalla volontà di una parte e da quella di un terzo. Ogni altra condizione è *causale*, sia che dipenda interamente dal caso, o dalla esclusiva volontà di un terzo, o dal caso e dalla volontà di un terzo ad un tempo, o finalmente dalla volontà di una delle parti e dal caso (art. 1169-1171). Del resto siffatta distinzione, importante in materia di donazione, è qui del tutto insignificante, chè la condizione potestativa da noi or ora definita secondo il Codice, più non è quella che questo stesso Codice, dichiara render nulla la obbligazione da essa dipendente, di talchè è mestiere distinguere due specie di condizioni potestative. Quella, più sopra definita, che consiste in un avvenimento in potere di una delle parti, lascia sempre valida l' obbligazione; la sola che la rende nulla è quella che consistesse nel puro capriccio dell' obbligato, *in mera voluntate debitoris*, senza alcun avvenimento da compiersi, o non compiersi, o con un avvenimento davvero insignificante, ed equivalente altresì al puro capriccio: io vi pagherò 600 fr. *se vorrò, o se beverò un bicchiero di vino* (art. 1174).

Ma se l'obbligazione è così nulla con qualunque modalità equivalente al *si voluero*, se questo preteso *legame* è senza reale esistenza (poichè dire *mi lego se lo voglio* non è ligarsi); ben altrimenti sarebbe di quella formata sotto la modalità *cum voluero*, poichè in questo caso, ammeno che non si vegga che si è voluto fare uno scherzo, il legame esiste, e si tratterà soltanto di valutare qual'è la latitudine del tempo che si è inteso lasciare al debitore. Vi sarà allora non una condizione, ma un termine (art. 1185).

2. Dell' avveramento delle condizioni.

XLV. — Una volta domandavasi se le condizioni dovevano compiersi *in forma specifica*, o se bastava si compissero *per equipollens*.

Oggi che la legge fa prevalere l'intenzione delle parti sol senso letterale dei termini, questa quistione non può più aver luogo, e la condizione si compie benissimo per equivalente (art. 1156-1157).

Da questa regola, che la condizione può compiersi *per equipollens*, segue che la condizione apposta all'obbligazione del debitore è compiuta, quando vien meno per sua colpa. È questo infatti un equivalente giustissimo (art. 1178).

La condizione positiva può sempre compiersi finchè non è mancata; ovvero non si è ancora acquistata la certezza che l'avvenimento non succederà. Al contrario essa è mancata, se un termine aggiunto alla condizione spirì prima dell'arrivo dell'avvenimento (art. 1176).

La condizione negativa è al contrario compiuta, se il termine che si era aggiunto sia giunto senza che l'avvenimento sia accaduto, o se prima di questo termine si acquisti la certezza che punto non succederà (art. 1177).

3. Dell' effetto delle condizioni.

XLVI. — Il dritto sottoposto ad una condizione *esiste*, o *non è mai esistito*, dal momento medesimo della convenzione, in forza del principio di retroattività inerente a qualunque condizione. Tale è l'effetto immediato e principale delle condizioni, donde derivano tutte le regole relative ai rischi, frutti, ec. Laondo, *pendente conditione*, sebbene il dritto ancor non esista, sarà però considerato come sempre esistito, se la condizione si compia, mentre sarà considerato come non mai esistito, so la condizione vien meno.

Se la condizione retroagisce al giorno del contratto, e se da questo momento il dritto è considerato come avendo sempre appartenuto al creditore, è uopo necessariamente conchiuderne, che questo dritto passerà sul suo capo tal quale esisteva al giorno stesso di tal contratto: in modo che tutti i dritti che il debitore avrà costituiti *pendente conditione* sull'immobile da lui promesso di consegnare condizionatamente, svaniranno come la proprietà stessa. Similmente i frutti percepiti *pendente conditione* dovranno restituirsi al compratore, salvo al venditore a farsi tenere conto degl'interessi del prezzo.

Questi effetti potranno del resto modificar i dalle parti, senza che la loro intenzione a tal riguardo abbia mai bisogno di essere espressa.

XVLII. — Ad onta del principio di retroattività, il creditore potrà prendere *pendente conditione* tutte le cautele tendenti alla conservazione del suo dritto, e gli atti che potrà fare a tale scopo dovranno rispettarsi dal debitore. Senza dubbio il dritto del creditore non è ancor nato, e non v'à per lui che una speranza, ma questa basta per autorizzare degli atti conservatorii (art. 1180).

§ 2.

Della condizione sospensiva.

XLVIII. — La condizione sospensiva che compiesi, retroagisce al giorno della convenzione, e fa considerare il creditore come già stato investito del dritto condizionale sin da quel giorno.

Questo principio non è talmente assoluto che non debba talvolta venir meno. In fatti perchè la retroattività possa compiersi, è uopo eziandio che la cosa formante la materia della convenzione, esista al momento dell'avveramento della condizione; altrimenti, e se questa cosa fosse perita, la condizione si compirebbe invano, chè l'obbligazione del debitore non potrebbe nascere per mancanza di *oggetto*, e quella del creditore, supponendo un contratto a titolo oneroso, non potrebbe esistere per mancanza di *causa*. Il che produce, che la cosa, allorchè trattasi di un corpo certo e determinato, rimane a rischio del debitore (art. 1182, com. 2.).

Se invece di perire totalmente, la cosa non fosse che deteriorata, e per colpa del debitore, il creditore avrebbe la scelta, o di resilire dal contratto, o di prendere la cosa per l'attuale prezzo, salvo nei due casi ad ottenere inoltre ampii danni-interessi (art. 1182, com. 4.).

Le soluzioni dei due commi precedenti ci sembrano giustificate dai principii, ma non potrebbesi dire altrettanto di quella che la legge dà al caso in cui, *pendente conditione*,

la cosa si deteriora senza colpa del debitore. Sarebbe stato giusto, ci sembra, in tal congiuntura, di far sopportare al creditore il deterioramento, poichè egli godrebbe delle migliorie o degli accrescimenti. Ma la legge è formale, ed il giudice dovrà accordare al creditore la scelta, o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui trovasi, senza diminuzione del prezzo (art. 1182, com. 3.).

§ 3.

Della condizione risolutiva.

XLIX. — Invece di sottoporre l'esistenza della obbligazione all'avveramento di una condizione (che la legge chiama allora *sospensiva*) le parti possono non rannodarvi che la sua risoluzione. Di quest'ultima che è *espressa* o *tacita* dovrem qui occuparci.

L. — *Della condizione risolutiva espressa.* Allorchè creando un dritto, le parti stipulano che sarà risoluto, secondo che segua o no il tale avvenimento, il dritto esiste dal giorno stesso del contratto, e da questo giorno per conseguenza può esser posto in esecuzione. Ma se questo dritto così costituito è puro e semplice, è tutt' altrimenti della sua risoluzione che resta in sospeso, finchè non succede l'avvenimento preveduto. Ed alla guisa stessa che in una condizione sospensiva l'avvenimento che si compie retroagisce al giorno del contratto, a quella guisa, in una condizione risolutiva, l'avverarsi di tale avvenimento retroagisce al giorno della convenzione, per rimettere le cose allo stesso stato che se il dritto mai non fosse esistito e per obbligare in conseguenza il creditore a restituire quel che à ricevuto (art. 1183).

È importante di far notare, che la condizione essendo *una*, vale a dire che essendo sempre sospensiva, sia che la sospensione verta sul dritto stesso, sia che verta sulla sua risoluzione, la retroattività non potrebbe essere di altra natura: essa debb' essere parimenti *una*, di tal che è uopo applicarla alla condizione risolutiva con tutte le conseguenze risolutiva ai rischi, frutti, ec.

LI. — *Della condizione risolutiva tacita.* Allorchè in un contratto sinallammatico una delle parti assume un obbligo verso l'altra, egli è evidente che non intende eseguire la sua obbligazione che in quanto l'altra eseguirà la sua. In conseguenza la legge consacra la regola che, in ogni contratto bilaterale, la condizione risolutiva è sempre sotto-intesa pel caso in cui una delle parti non adempisse al suo obbligo.

A differenza della condizione espressa la quale, dacchè si compie, opera immediatamente a pro dell'una come dell'altra parte, ed a loro insaputa, questa non à altro effetto che di permettere alla parte, verso la quale l'obbligazione non si è eseguita, di domandare lo scioglimento del contratto, scioglimento di cui il giudice può differire la pronunciazione, a seconda delle circostanze, per daro al convenuto il tempo di eseguire. Gli è ben inteso del resto, che il semplice ritardo di eseguire può dar luogo a danni-interessi, sia che si prosiegua l'esecuzione del contratto, sia che se ne domandi la risoluzione.

Anche quando la risoluzione per inesecuzione del contratto fosse stata *espressamente stipulata* dalle parti; questa stipulazione, conosciuta sotto il nome *di patto commissorio*, non costituirebbe ancora la condizione risolutiva espressa dell'art. 1183. In fatti quest'ultima, come ben si sa, opera per le due parti *ipso-facto*: il patto commissorio al contrario non potrà invocarsi che dalla parte verso la quale non si esegue, senza pregiudizio anche del dritto ch'essa avrà di continuare l'esecuzione del contratto (art. 1184).

SEZIONE II.

DELLA OBBLIGAZIONE A TERMINE.

LII. — A differenza dell'obbligazione condizionale, l'obbligazione a termine esiste sin dal momento stesso della convenzione: ma la sua esigibilità vien sospesa sino al momento dell'arrivo del termine (art. 1185).

Il termine che paralizza in tal modo nelle mani del creditore l'esercizio del suo dritto presumesi sempre stabilito a pro del debitore, e siccome ognuno è libero di rinunziare ai dritti introdotti a suo pro esclusivo, il debitore potrà sempre, per massima, abbandonare il beneficio del termine. Ma ben sarebbe altrimenti, ben inteso, se questo termine si fosse stipulato, vuoi nell'interesse comune del debitore e del creditore, vuoi per unico vantaggio di esso creditore, il che potrebbe risultare da una convenzione espressa non solo, ma altresì dalle circostanze (art. 1187).

LIII. — Il termine è di *dritto* o di *grazia*, secondo che risulta dalla convenzione, ovvero emana dal giudice. Il primo, che chiamasi pure *termine convenzionale*, è *espresso* o *tacito*, secondo che siasi formalmente stipulato, o risulti soltanto dalla natura stessa della convenzione (art. 1185).

LIV. — Finchè il termine non è scaduto, vale a dire, finchè l'ultimo giorno della azione non è ancora spirato, il creditore non può esigere dal suo debitore ciò che gli è do-

vuto sotto questa modalità; ammeno che, come ben si sa, il debitore non abbia rinunziato al beneficio del termine. Siffatta rinunzia che può farsi espressamente, può essere anche tacita, e la legge l'à fatta risultare da presunzione di qualunque pagamento fatto anticipatamente, ma tale presunzione può combattersi dal debitore, il quale potrà ripetere, provando di non aver pagato che nell'ignoranza del termine (art. 1186 e 1376).

Il beneficio del termine non può invocarsi dal debitore se cade in istato di fallimento o di decozione, ovvero quando le garenzie date o promesse col contratto al creditore si son diminuite per fatto del debitore, o non si sono da lui attuate (art. 1188).

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE E DELLE OBBLIGAZIONI FACOLTATIVE

LV. — L'obbligazione è alternativa, quando invece di non aver che un solo oggetto, ne offra molti, di cui un solo nondimeno dovrà darsi, a scelta di quella delle parti alla quale si appartiene l'elezione. Così, io vi debbo o tal casa, o 60mila fr., o tal lavoro da fare. La scelta appartiene per regola al debitore, ma può convenirsi il contrario (art. 1189, 1190 e 1196).

L'obbligazione è facoltativa quando, tutto che offra più prestazioni, non pertanto una sola di esse ne forma l'oggetto, menessendo l'altra o le altre indicate che come oggetto di una facoltà sussidiaria riserbata al debitore. Così io vi debbo la casa e null'altro che la casa: ma sarà in mio arbitrio di liberarmi sborsandovi 60,000 fr. (art. 1196).

Per massima e quando la scelta dell'obbligazione alternativa appartiene al debitore, le due obbligazioni àn ciò di comune, che il debitore si libera con quella di tali prestazioni che gli piace scegliere, ed è tenuto di fornire tale prestazione per intiero, senza poter offrire parte dell'una e parte dell'altra; ma bisogna ben guardarsi dal confonderle per ciò; chè la loro differenza di natura trae seco importanti conseguenze.

LVI.—In fatti, 1. se una delle cose (supponendo che vene siano due) è tale da non poter formare l'oggetto di un debito, l'obbligo alternativo dovrà cadere unicamente sull'altra prestazione e diverrà così puro e semplice; mentre che se la cosa fosse presa per oggetto di una obbligazione facoltativa, questa obbligazione sarebbe nulla, e nulla con essa la facoltà di sostituzione.—2. Nell'obbligazione alternativa il vero oggetto dell'obbligazione resta ignoto, finchè la scelta della parte non sia venuta a determinarlo; di tal che, se si tratti di due cose, di cui l'una è mobile, l'altra immobile, soltanto dalla scelta fatta si saprà, se il debito era mobiliare o immobiliare; mentre che nell'obbligazione facoltativa, l'oggetto e per conseguenza la natura del debito son noti *ab initio*, e questo debito resterà p. es. immobiliare, anche quando il debitore se ne liberasse con la cosa mobiliare che era in *facultate solutionis*.— 3. Nell'obbligazione facoltativa il creditore non potrà domandare che una sola cosa, l'oggetto unico del debito; nell'obbligazione alternativa al contrario dovrà domandare al debitore di fornire o l'una o l'altra prestazione a scelta di costui, e se la scelta appartenesse ad esso creditore, domanderebbe quella che gli piacesse — 4. Da ultimo; nell'obbligazione facoltativa il debito si estingue, sol perchè l'oggetto unico non può più fornirsi senza colpa del debitore, mentre che l'impossibilità di procurare una delle prestazioni dovute alternativamente, tutto che avvenuta senza colpa del debitore, fa cadere il debito sull'altra prestazione, e rende così questo debito puro e semplice; soltanto quando tutte le prestazioni saranno divenute impossibili, sempre senza colpa del debitore, il debito alternativo si estinguerà. (art. 1193 e 1195).

LVII. — Che avverrebbe, se nell'una o nell'altra obbligazione, per colpa del debitore la prestazione dell'una, o ciascuna delle prestazioni alternative si trovasse nell'impossibilità di esser procurata ?..... Egli è evidente che, nell'obbligazione facoltativa, non vi sarebbe luogo pel creditore che a dimandare il valore in denaro della prestazione, senza che mai potesse esigere la cosa riservata *in facultate*, cosa che il debitore stesso avrebbe sempre il dritto di pagare. Ma in quanto al debito alternativo, è uopo distinguere: se la scelta apparteneva al debitore, l'impossibilità in cui si è posto per colpa sua di fornire una delle prestazioni rende il debito puro e semplice, senza che abbia il dritto di offrire il valore in danaro della prestazione divenuta impossibile; e se entrambe son divenute impossibili, deve il prezzo di quella che lo è divenuto in ultimo luogo (art. 1193). Che se la scelta apparteneva al creditore, l'impossibilità, imputabile al debitore, di fornire una delle prestazioni, permette a questo creditore di domandare o la seconda prestazione, o il prezzo della prima, e se entrambe sono impossibili, può, anche quando il debitore non fosse in colpa che per una sola, domandare il prezzo dell'una o dell'altra (art. 1194).

Non sarebbe sempre facile di giustificar

compiutamente le regole or ora indicate, e due tra esse possono essere poco eque, ma sono formalmente stabilite dalla legge. È superfluo inoltre il dire, che il creditore potrebbe, secondo i casi, ottenere i danni-interessi oltre del valore della prestazione di cui lo priva la colpa del debitore (art. 1193-1194).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI UNICHE O MULTIPLE ED IN ISPECIE DI QUELLE SOLIDALI.

LVIII.—Allorchè l'oggetto di un'obbligazione è dovuto ad una sola persona, o da una sola persona, evvi obbligazione unica; l'obbligazione sarà al contrario multipla, in quanto alle persone, allorchè la prestazione è dovuta, vuoi da più debitori ad un sol creditore, vuoi a più creditori da un sol debitore.— L'obbligazione multipla dividesi in congiunta e disgiunta; secondo che i debitori e creditori non son tali che alternativamente o simultaneamente, ed in quest'ultimo caso l'obbligazione si suddivide ancora; essa può essere o semplicemente congiunta o solidale. — Nell' obbligazione congiunta non solidale, sia che la congiunzione trovasi presso i debitori o presso i creditori, non v'è sempre che una sola obbligazione, di cui ciascuno dei debitori non è tenuto che in parte, come ciascun dei creditori non può domandarne che una parte.

LIX. — Quando v'è al contrario solidarietà, tutto che non siavi eziandio che una sola obbligazione, ciascuno dei debitori è tenuto della totalità del debito, e ciascuno dei creditori può domandare egualmente la totalità del credito; per modo che non pertanto il pagamento fatto da uno dei condebitori ad uno dei creditori estingue il debito rispetto a tutti. Ma è ben inteso che, una volta fatto il pagamento, i vantaggi si divideranno tra tutti i creditori; del pari che tutti i debitori debbono tener conto degli anticipi fatti da quello tra essi che à pagato, tranne stipulazione contraria. La solidarietà, che è mestieri non confondere con la indivisibilità, deve considerarsi sotto due punti di vista differenti, secondo che la si esamini rispetto ai creditori, o rispetto ai debitori (*Osserv. prelim.* dell' art. 1197).

§ 1.°

Della solidarietà tra i creditori.

LX. — La solidarietà tra' creditori, la quale li rende mandatarii e socii gli uni degli altri *ad conservandam obligationem*, non può risultare che da una convenzione espressa.

Ciascuno dei creditori solidali à mandato di domandare il totale del credito, e di fare tutti gli atti conservatorii del credito; di tal che se interrompe la prescrizione, l'interruzione giova a tutti i suoi concreditori. Tale mandato dà pure il dritto al debitore di liberarsi, pagando a sua scelta, all' uno o all' altro dei creditori solidali: purchè non pertanto il pagamento abbia luogo pria di qualunque atto, chè quando uno dei creditori à citato il debitore, questi non potrebbe evitare una condanna, sotto pretesto che vuol pagare ad un altro, poichè quegli che agisce contro di lui à il dritto di farlo a nome di tutti (art. 1197-1199).

Ma questo mandato à i suoi limiti naturali negli atti tendenti a conservare o a realizzare il dritto di tutti. Fuori di questo cerchio, il creditore agirebbe senza potere, vale a dire non agirebbe che per la sua parte. Se dunque ei facesse remissione del debito, se consentisse una novazione, gli è evidente che i suoi atti non potrebbero nuocere ai suoi concreditori (art. 1198).

Sebbene ciascuno dei creditori abbia il dritto di farsi pagare della totalità del credito, e di liberar così il debitore, gli altri creditori avranno ovvidentemente il dritto di esigere dai loro concreditori la divisione del credito che ei si è fatto rimborsare. È questa la regola in materia di solidarietà tra' creditori, e se può accadere che il benefizio del credito debba attribuirsi ad un solo, non è che per eccezione, e quando costui provi il suo dritto esclusivo alla somma dovuta (art. 1197).

§ 2.

Della solidarietà per parte dei debitori.

LXI. — Allorchè una stessa cosa è dovuta da più persone, in modo che ciascuna di esse possa essere astretta al pagamento per la totalità, ben può dirsi esservi solidarietà tra loro, poichè ciascuna di esse è tenuta *in solidum*; ma è uopo non di meno far qui una distinzione importante.

La solidarietà tra' debitori può in fatti esser perfetta o imperfetta; secondo che ciascuno di essi sarà il rappresentante degli altri e loro mandatario *ad perpetuandam obligationem*, o che questo potere rispettivo non esisterà punto. La solidarietà perfetta non può risultare che da una convenzione espressa, o da una disposizione formale della legge; di tal che è legale o convenzionale (art. 1202).

Possonsi vedere esempii di solidarietà legale negli art, 396, 1053, 1448, 1887 ec.

C. civ. e 55 cod. pen. Quest' ultimo deve limitarsi ai soli casi che prevede; onde non potrebbe estendersi agli autori dei delitti civili o quasi delitti, e neppure alle contravvenzioni in materia di semplice polizia. In quanto alla solidarietà convenzionale, è uopo che sia espressamente stipulata: ma la legge, ben inteso, non esige espressioni sacramentali (*ibid.*).

LXII. — Se la solidarietà suppone necessariamente *una stessa cosa*, alla quale tutti i debitori sono obbligati, non è necessario che tutti lo sieno allo stesso modo. Così, l'uno può non essere tenuto che a termine o condizionalmente, mentre che l'altro sarà debitore puro e semplice (art. 1201).

Questa solidarietà produce risultamenti differenti, secondo che la si esamini nei rapporti che crea tra i debitori, o in quelli che stabilisce tra il creditore e questi debitori. Dobbiamo esaminarla successivamente sotto ciascun punto di vista.

LXIII. — Allorchè più debitori sono obbligati solidalmente, la legge suppone che il debito li riguardi tutti per un interesse eguale, di tal che, nei rapporti tra loro, ciascuno è debitore per la sua parte, e semplice garante dei suoi condebitori per le parti di costoro. Tutti sono per altro risponsabili e garanti reciproci dell'insolvibilità che può soppravvenire a ciascuno di essi. Così, allorchè un solo à pagato il debito solidale per intiero, può ripetere contro gli altri la porzione di ciascuno e far sopportare a tutti quelli che sono solvibili proporzionalmente le parti che non potrebbe ricuperare contro gl' insolvibili (art. 1213-1214). Siffatta garentia reciproca è evidentemente indipendente dalla volontà del creditore, ed allorchè un debitore diviene insolvibile, colui al quale il creditore avesse fatto remissione della solidarietà, non potrà ricusarsi a sopporlare la sua parte nella insolvibilità; chè se il creditore può ben rinunziare ai suoi dritti, non può per nulla modificare i dritti dei debitori tra loro (art. 1215). Ma può accadere che invece di riguardare tutti i debitori, l' obbligazione non si fosse da essi contratta che nell' interesse di un solo, ed è evidente allora che questi potrà esser citato pel tutto dal debitore che avesse pagato l' intero debito. È il solo caso in cui il regresso pel tutto sia possibile; chè l' obbligazione di mutua garenzia ed il bisogno di evitare un inutile circuito di azioni, rendono in tutt' altro luogo impossibile questo regresso pel tutto (art. 1214 e 1216).

LXIV. — Rispetto al creditore, queste distinzioni non ànno luogo; tutti i debitori sono ugualmente tenuti, e ciascuno di loro può, a scelta di esso creditore, essere astretto al pagamento dell' intera cosa, senza mai godere dei benefizii di escussione o di divisione. Il debitore molestato non potrebbe neanche opporre al creditore gli atti che costui avesse già esercitati contro un altro debitore, poichè questi atti lasciano sossistere l'obligazione con tutti i suoi effetti, finchè non sieno seguiti dal pagamento. (art. 1203, 1204).

Rappresentanti gli uni degli altri, in quanto concerne gl' interessi del creditore, i debitori solidali sono mandatarii reciproci per quanto tende *ad perpetuandam obligationem*; ma non si potrebbero rendere reciprocamente risponsabili dei fatti tendenti *ad augendam obligationem*. Sicchè, mentre la molestia esercitata contro uno di essi può interrompere la prescrizione, ed anche far decorrere gl' interessi contro tutti, perchè si rimane qui nei limiti della convenzione primitiva, la messa in mora dell' uno non potrebbe costituire in mora gli altri, ad effetto di sottoporli ai danni-interessi, fuori delle previsioni del contratto (art. 1206 e 1207).

In virtù degli stessi principii la perdita della cosa, avvenuta per colpa o durante la mora di uno di essi, non libererà gli altri dall' obbligo di pagarne il prezzo, ma non li sottoporrà ad altri danni-interessi; mentre che sarebbe altrimenti per colui che è in colpa o in mora (art. 1205).

Ben inteso la perdita avvenuta senza colpa e pria della mora di alcuno dei debitori, li libererebbe tutti.

Ma se la perdita della cosa libera tutti i debitori, si lascia sussistere la obbligazione contro tutti, secondo che siavi colpa o pur no; avvi altre circostanze che possono liberare gli uni senza produrre lo stesso effetto rispetto agli altri. È uopo distinguere a tal riguardo le cause di estinzione (che la legge chiama *eccezioni*) in assolute e *comuni* a tutti i debitori, e personali o particulari a uno o a taluno tra essi. Il debitore molestato dal creditore potrà evidentemente opporgli tutte le cause comuni e quelle che sono a lui stesso personali; ma non potrebbe prevalersi di quelle che fossero personali ad altri condebitori (art. 1208).

LXV. — Sotto le parole *eccezioni assolute* debbonsi comprendere quelle che la legge dichiara risultare dalla natura dell' obbligazione, e quelle che chiama comuni a tutti i debitori; chè le prime rientrano evidentemente nelle seconde, e non potrebbero fare se non una sola categoria con esse. Epperò, sia che l'obbligazione non abbia causa o oggetto, ovvero non ne abbia che illecite; sia che siavi stato pagamento reale o per equivalente (come quando vi sarà stata dazione in pagamento, o novazione, o compensazione opposta

dal debitore molestato), sia che il creditore abbia fatto remissione *totale* del debito, o che fosse stato colpito dalla prescrizione, ec., in tutti questi casi l'eccezione potrà opporsi da ciascuno dei debitori, e trovarsi quindi comune a tutti.

Ma se le eccezioni assolute sono *uniche*, non è lo stesso di quelle personali.

Queste infatti sono le une, *puramente personali* ad uno dei condebitori, di tal che niun altro può invocarle, tali ne sembrano essere le eccezioni risultanti dalla incapacità di uno di essi, o dai vizii di consenso; mentre che avvene altre, personali pure ad uno dei debitori, il quale soltanto può opporle pel tutto, ma personali, *lato sensu*, e di modo che gli altri creditori possono invocarle per la parte del debito afferente al loro condebitore (art. 1208).

La *compensazione*, allorchè non si è opposta dal condebitore, di cui il creditore è debitore a sua volta, è una eccezione personale *lato sensu*, in quanto agli altri condebitori, (*ibid*). — La *confusione* produce lo stesso effetto, vale a dire che gli altri debitori non possono prevalersene che sino alla concorrenza della porzione che aveva il loro condebitore nel debito. Poco monta ben inteso da quale causa proceda siffatta confusione, e poco monta ezandio, salva l'estensione degli effetti, che la successione del creditore ad uno dei debitori, o reciprocamente, sia totale o soltanto parziale (art. 1109). — La *remissione* della solidarietà fatta, dal creditore ad uno dei debitori, è parimenti una eccezione personale *lato sensu*. Qui più non parliamo della remissione *del debito* fatta, vuoi pel debito intero, vuoi per la parte del condebitore in questo debito, noi ci siamo occupati più sopra dell'una e dell'altra; e qui non trattasi che della remissione *della solidarietà*. Or questa remissione può essere espressa o tacita.

LXVI. — *Remissione espressa della solidarietà*. Allorchè il creditore acconsente alla divisione del debito rispetto ad un debitore solidale, non potrà più citare gli altri condebitori, che deduzione fatta della parte di colui che à discaricato dalla solidarietà. Questa conseguenza davvero esorbitante, che la legge desume dalla remissione della solidarietà, dovrebbe evidentemente cessare nel caso in cui il creditore avesse formalmente dichiarato limitarla ai casi espressi, e non fare la remissione cho riserbandosi il dritto di molestia pel tutto contro gli altri debitori (art. 1219).

Remissione tacita della solidarietà. Il creditore che riceve separatamente la parte di uno dei debitori solidali, o che lo cita a parte per la sua porzione, senza constatare nella sua quietanza o nella sua domanda che gli è *per la sua parte*, conserva la solidarietà rispetto a tutti i debitori, anche contro colui che non l'à pagato che in parte, o che non è stato da lui citato che per una parte. Ma se il creditore, vuoi nella quietanza rilasciata al debitore, che non l'à pagato che per la sua porzione, vuoi nella domanda che à istituito contro di lui, à dichiarato essere *per la sua parte*, allora la legge vede in ciò una remissione della solidarietà, e questo debitore più non potrà essere citato per le parti afferenti agli altri, purchè ben inteso, nel caso *di domanda*, siavi stata acquiescenza, o sia intervenuta sentenza di condanna (art. 1211).

La legge scorge ancora una tacita remissione della solidarietà nel pagamento della porzione di annualità o interessi del debito, fatto da uno dei debitori solidali, allorchè questo pagamento diviso si è continuato per dieci anni consecutivi, ed il creditore non à fatto alcuna riserva. Che, se tali pagamenti divisi non si fossero continuati per dieci anni consecutivi, la solidarietà sussisterebbe sempre contro il debitore pel capitale e gli interessi o annualità future; ma il creditore più non potrebbe invocarla per quelli scaduti, e di cui si fosse ricevuto il pagamento per la parte del debitore (art. 1212).

SEZIONE V.

DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI E INDIVISIBILI.

LXVII. — Ogni obbligazione, qual che ne sia l'oggetto, non può eseguirsi in parte tra il creditore ed il debitore: il creditore può ricusare tutti i pagamenti parziali. Non vi è dunque luogo, finchè non trattasi che di un sol creditore e di un solo debitore, di occuparsi della divisibilità o indivisibilità dell'obbligazione: ma è altrimenti tutte le volte che esistono più debitori o più creditori, il che avviene segnatamente, quando un creditore o un debitore viene a morire lasciando più eredi. Importa allora di vedere se l'obbligazione è o pur no indivisibile.

L'obbligazione è indivisibile ed in conseguenza insuscettibile di esecuzione parziale, quale che sia il numero dei creditori o debitori, tutte le volte che il suo oggetto non può esser diviso; or ciò può avvenire in due diversi modi: sia perchè quest'oggetto non è suscettibile di alcuna specie di divisione, nè materiale, nè intellettuale; sia perchè questa divisione, tutto che possibile intellettualmente almeno, non deve aver luogo a causa del rapporto, senza del quale questo stesso oggetto è stato considerato dalle parti contraenti.

Avvi dunque due sorte di indivisibilità, di

cui l' una può chiamarsi indivisibilità *natura* (poichè l'oggetto è indivisibile per la sua stessa natura), e l'altra indivisibilità *contractu* (poichè l'oggetto per sè stesso divisibile, non divieno indivisibile che pel modo con cui lo risguarda la convenzione). In quanto alle obbligazioni che il Dumoulin e il Pothier chiamavano indivisibili *solutione tantum*, esse sono obbligazioni divisibili, alle quali la legge, come si vedrà, attribuisce parte degli effetti della indivisibilità (*Oss. prel.* dell'art. 1217) (1).

§ 1.°

Della indivisibilità delle obbligazioni.

LXVIII. — Da quanto si è detto, l'obbligazione è indivisibile, tutte le volte ed allora soltanto che il suo oggetto non è suscettibile di alcuna divisione, nè materiale, nè intellettuale, o che essendo in generale ed in sè stessa suscettibile di divisione, sia intellettualmente e giuridicamente (come un cavallo, nella proprietà del quale io posso avere una metà o tutt'altra frazione, di tal che ben comporta una divisione giuridica), sia materialmente (come un pezzo di terreno); non può non pertanto dividersi nella specie ed al punto di vista in cui son situate le parti (art. 1217-1218).

Del resto che la indivisibilità sia naturale o puramente convenzionale, essa produce sempre gli stessi effetti.

Tutte le volte che una obbligazione è indivisibile, ciascuno dei debitori trovasi tenuto della totalità, come pure ciascuno dei creditori può esigere il tutto. Ma non bisognerebbe conchiudere da ciò, che siavi allora solidarietà, che se, per ciascuna parte, il dritto attivo o passivo esiste allora *in totum*, come nella solidarietà, non esiste non per tanto con la stessa energia e con lo stesso conseguenze (art. 1122 e 1123).

Così se la cosa viene a perire per la colpa o il fatto di tutti i debitori, saranno bensì tutti tenuti dei danni e interessi, ma siccome ciascuno non era tenuto *in totum* che per la forza delle cose e vista la indivisibilità dell'oggetto, questa indivisibilità cessando allora (poichè i danni e interessi sono perfettamente divisibili) l'obbligazione *in totum* cesserà, ed ogni debitore più non dovrà che la sua parte. E se la perdita non è succeduta che pel fatto di un solo, non essendo quì i condebitori rappresentanti gli uni degli altri, come in caso di solidarietà, i danni o interessi non saranno mai dovuti che dall' autore del fatto. Gli è vero che sarebbe altrimenti in caso di clausola penale, giusta i principii che più tardi vedremo: ma i danni interessi non sarebbero giammai dovuti allora che per la parte di ogni debitore, mentre che in questo stesso caso la solidarietà li farebbe pagare da ciascuno pel tutto (art. 1225 e 1232).

LXIX. — È evidente che un solo dei creditori non potrebbe fare la remissione pienamente efficace del debito, nè ricevere solo il prezzo della cosa invece di essa. Ma se questa rimessione o questa dazione in pagamento punto non impediscono che il debitore sia tenuto *in totum* rispetto al creditori, esse gli permettono almeno di farsi tener conto dal creditore che agisce del valore della frazione appartenente nella cosa a colui che ha fatta la rimessione o ricevuto il prezzo (art. 1224).

Il debitore citato dal creditore per la totalità del debito può ottenere una dilazione per mettere in causa tutti gli altri debitori della stessa cosa, a meno che, ben inteso, il debito non possa essere quietanzato che da lui solo; poichè allora dovrebbe essere condannato solo, salvo il suo regresso contro gli altri (art. 1225).

§ 2.

Della divisibilità e delle sue eccezioni.

LXX. — Qualunque obbligazione, il cui oggetto non sia contenuto nelle due classi d' indivisibilità quì sopra indicate, è necessariamente divisibile, in modo che ciascuno degli eredi del debitore primitivo non è tenuto che per la sua parte ereditaria, come ciascuno degli eredi del creditore non può egualmente esigerne che la sua porzione (art. 1220).

Quest' effetto cessa, *ma o riguardo degli eredi del debitore solamente*, cioè a dire che ciascuno d' essi può essere molestato pel tutto, sebbene l' oggetto dell' obbligazione sia divisibile, nei tre seguenti casi:

1° Quando il debito è di un corpo certo. L' erede nella cui quota per sorte cade l' oggetto, può essere citato pel tutto, senza che possa invocare il principio della divisione; ed è ben naturale perchè esso solo conserva la cosa dovuta. — 2° Quando uno degli eredi, esso solo è incaricato dal titolo, dell' esecuzione dell'obbligo. — 3° Infine tutte le volte che vien riconosciuto sia da una clausola espressa del-

(1) Il Dumoulin e il Pothier, di cui abbiam creduto dover qui abbandonare il linguaggio ben poco logico, secondo noi, davano, non si vede perchè, alla prima indivisibilità, i due nomi d'indivisibilità *natura* o *contractu*, posela alla seconda quello d'indivisibilità *obligatione*.

l'atto, sia dalle circostanze che l'intenzione delle parti non è stata di rendere la obbligazione indivisibile (ciò presenterebbe l'indivisibilità *contractu*, e produrrebbe effetto tanto per gli eredi del creditore che per quelli del debitore), ma solamente di togliere agli eredi del debitore la facoltà di liberarsi per parte.

In tutti i tre casi l'erede che ha pagato esso solo tutto il debito, ha regresso contro i suoi coeredi (1221).

Queste tre eccezioni sono per altro, le sole, malgrado la redazione viziosa della legge. Così l'ipoteca non potrebbe comunicare nessun carattere d'indivisibilità al debito ch'essa garentisce anche in quanto agli eredi del debitore, che non sono sempre personalmente obbligati che per la loro parte ereditaria. — La stessa osservazione è da farsi pel caso di un debito alternativo di cose, a scelta del creditore, di cui l'una è indivisibile: quale che sia, infatti, la cosa che il creditore sceglierà, non vi si potrà mai incontrare una eccezione al principio del pagamento per parte, nei debiti *divisibili*; poichè se l'obbligazione si concentra sulla cosa divisibile, questa obbligazione sarà necessariamente sottoposta al principio; se al contrario è sulla cosa *indivisibile*, anche allora non si sarà punto in una eccezione, poichè il debito è indivisibile (art. 1221).

Aggiungasi che in quanto ai creditori, la ripartizione in porzioni ereditarie che si opera di pieno dritto alla morte del creditore è soltanto provvisoria, e che svanirebbe innanzi la ripartizione differente, che risultasse più tardi dalla divisione convenzionale (art. 1220 in fine).

SEZIONE VI.

DELLE OBBLIGAZIONI PRINCIPALI E ACCESSORIE, E SPECIALMENTE DELLA CLAUSOLA PENALE.

LXXI.—Quando una obbligazione è la base dell'esistenza di un'altra, si dice che la prima è *principale*, l'altra *accessoria*. L'obbligazione accessoria può nascere in pari tempo dell'obbligazione principale come nella fideiussione e nel pegnoramento, o posteriormente, come nel caso di danni e interessi per inesecuzione di un'obbligazione, sia che questi danni e interessi siensi stabiliti in principio col mezzo della stipulazione chiamata *clausola penale*, sia che le parti nulla abbiano detto a tal riguardo.

§ 1.

Della clausola penale.

LXXII. — Per meglio assicurare l'esecuzione di un'obbligazione, o per prevenirne i ritardi nella esecuzione, le parti possono convenire una prestazione che terrà luogo di danni e interessi: si dà il nome di *clausola penale* alla condizione fatta con questo scopo (art. 1226, 1229).

Essenzialmente accessoria, l'obbligazione ingenerata dalla clausola penale non esisterà che in quanto l'obbligazione principale di cui deve assicurare l'esecuzione non è nulla; l'obbligazione principale, al contrario, non potrebbe dipendere dalla validità o nullità della clausola penale (art. 1227). — Destinata ad assicurare l'esecuzione dell'obbligazione principale e a tenere luogo, pel creditore, de'danni e interessi, la clausola penale non potrebbe essere domandata nel tempo stesso del principale, a meno che il contrario non fosse stato espressamente o tacitamente convenuto, e che la pena non si fosse stipulata pel semplice ritardo.

In forza dello stesso principio, il creditore invece di domandare la clausola penale, può continuare l'esecuzione dell'obbligazione principale (art. 1228 e 1229).—Ma siccome da un'altra banda, i danni e interessi non sono dovuti che in quanto il debitore è in ritardo o in colpa, e che il ritardo (siasi o pur no apposto un termine all'obbligazione) non esiste che in quanto il debitore è stato messo in mora, la clausola penale non potrà essere domandata che dopo questa messa in mora. (art. 1230).

LXXIII. — L'inesecuzione avvenuta per colpa di uno degli eredi del debitore, allorchè l'obbligazione principale era indivisibile *natura*, *contractu*, o pure *solutione tantum*, obbligherà questo erede a tutta la penale, e ciascuno de'suoi coeredi per la loro parte e porzione ereditaria (e ipotecariamente pel tutto), salvo il loro regresso contro colui che ha fatto incorrere nella pena. La legge vede, ne'danni e interessi espressamente stipulati col mezzo di una clausola penale, un'obbligazione speciale, contratta sotto la condizione della inesecuzione dell'obbligazione principale; al contrario, se si trattasse di una obbligazione divisibile, la penale non s'incorrerebbe che dal solo contravventore (art. 1232, 1233).

Stabilito che qualunque convenzione tien luogo di legge per coloro che l'han fatta, ne segue che il creditore non potrà mai domandare de'danni e interessi superiori alla pensie stipulata, quale che sia il pregiudizio da lui sofferto; senza che, da un'altra parte gli si possa ricusare questa penale stipulata, quand'anche si offrisse di provare che per lui non vi è stata perdita alcuna. Ma se l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, il giudice allora appoggiandosi sulla intenzione presunta delle parti, potrà modificare,

secondo le circostanze, la penale stipulata (art. 1231).

CAPITOLO III.

DELL'EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI.

LXXIV. — L'effetto delle obbligazioni consiste nel permettere al creditore d'impiegare i mezzi legali di coercizione: 1.° per costringere il suo debitore ad eseguire l'obbligazione, cioè a dire a procurargli quello al quale esso è tenuto; ovvero 2.° sul rifiuto di costui, per procurarselo se è possibile a sue spese, e malgrado questo debitore; o infine 3° per ottenere, sia per manco dell'esecuzione, sia pure in concorrenza con questa esecuzione (perchè incompleta e tardiva) i danni e interessi.

SEZIONE PRIMA

DELL' ESECUZIONE VOLONTARIA O FORZOSA.

LXXV. — È ben semplice che il creditore possa continuare contro il suo debitore l'esecuzione di quello al quale quest' ultimo è tenuto, e di ottenere il beneficio qualunque che fa l'oggetto dell'obbligazione. In mancanza di esecuzione per parte del debitore, il nostro Codice, al contrario del dritto romano (che solo accordava al creditore una condanna pecuniaria de' danni e interessi), permette al creditore l'esecuzione forzosa, non già in tutt'i casi senza distinzione, ma tutte le volte che vi si può giungere, senza esercitare delle violenze sul debitore, val quanto dire, tutte le volte che l' obbligazione non è tale da non potersi adempire che dal solo debitore in persona. Gli è chiaro inoltre che, quando il creditore sul rifiuto, del debitore, può ottenere l'esecuzione forzosa, egli è sempre arbitro di rinunziarvi per contentarsi de'danni e interessi (art. 1143).

Nulla di particolare abbiamo a dire sull' esecuzione dell'obbligazione, sia volontaria, sia forzosa: essa consiste sempre ben inteso, nell' attribuzione al creditore del vantaggio quale che sia, che fa nascere l' oggetto dell' obbligazione; non è così de' danni e interessi le cui regole domandano un certo sviluppo.

SEZIONE II.

DE' DANNI E INTERESSI.

LXXVI. — Intendesi per *danni e interessi*, siccome le parole stesse lo dicono, la riparazione delle *perdite* che il debitore ha fatto subire al creditore, e de' *beneficii* che gli ha impedito di fare. Queste due idee nondimeno si riducono ad una sola, rientrando la seconda nella prima, poichè nel linguaggio ordinario, chiamasi anche perdita non ottenere un guadagno che dovevasi realizzare. I danni e interessi sono dunque, in definitiva, il compenso delle perdite arrecate al creditore.

Sicchè il debitore è tenuto dei danni-interessi, sol quando ha arrecato un pregiudizio al creditore. Questo pregiudizio può risultare, o dal manco assoluto di esecuzione, o dall' insufficienza o vizio dell'esecuzione, o dal semplice ritardo apportato a questa esecuzione, regolare d' altronde (art. 1147-1148). Il ritardo di eseguire, o come dice la legge la *mora* del debitore, la quale spesso fa nascere essa sola il debito dei danni e interessi, ne è in tutt'i casi un elemento necessario; poichè finchè il debitore è in tempo utile per eseguire la sua obbligazione, o per regolarizzare l' esecuzione incompleta che ne avesse fatta, il creditore non può muover lamenti. Ma non basta che vi sia mora, fa mestieri ancora, ben inteso, che vi sia colpa dell' obbligato, e che il risultato di cui il creditore si lagna non provenga da una forza maggiore, da una cagione che nulla avesse d' imputabile all'obbligato: all' impossibile niuno è tenuto.

Occupiamoci successivamente delle due cagioni che unite insieme fanno dovere i danni e interessi, 1° la messa in mora dal debitore, 2° la sua colpa: parleremo in seguito della estensione e valutazione dei danni e interessi.

§ 1.

Della messa in mora del debitore.

LXXVII. — Per principio rigoroso, ogni debitore dovrebbe essere riconosciuto in mora, dal momento in cui ha contravvenuto alla sua obbligazione. Quando questo debitore fa ciò che non doveva e quando non fa o non dà all' epoca convenuta quel che doveva fare o dare, gli è chiaro che realmente e di fatto è in ritardo di eseguire, *in mora*. Ma questa realtà di fatti, consacrata dalla legislazione Romana non lo è stato dal nostro Codice; e la messa in mora, presso di noi, non si compie legalmente che giusta le regole che variano, secondo la natura e le circostanze del' obbligazione.

1° Quando l' obbligazione è di non fare, il debitore è immediatamente in mora, dacchè compie il fatto che gli veniva interdetto (art. 1145).

2° Quando l' obbligazione è di fare o di dare, ed è di natura da non potersi eseguire che fra un certo termine, il debitore, è in mora dacchè ha lasciato trascorrere questo termine

senza adempire l'obbligo (art. 1146). Se nondimeno, nell' obbligazione di dare il creditore doveva andare a ricevere la cosa, non vi sarebbe messa in mora che sol quando verrebbe constatato, che questo creditore si è presentato per reclamare tale cosa e che gli è stata consegnata.

3° La messa in mora avrebbe ancora luogo per la sola scadenza del termine in qualunque obbligazione di dare o di fare, se una stipulazione formale si fosse fatta a tal riguardo, o se così fosse ordinato da un testo speciale dalla legge (art. 1139). Tuttavolta bisogna aggiungere qui una restrizione analoga a quella da noi era fatta pel caso in cui si trattasse di consegnare una cosa che il creditore dovesse venire a domandare.

4° In tutt'altro caso di obbligazione di dare o di fare, il debitore non è messo in mora che dopo l' interpellazione fattagli dal creditore con una intimazione o un atto equivalente, e ancora dopo questa interpellazione è mestieri attendere il termine moralmente necessario per eseguire (art. 1139).

5° Infine nelle obbligazioni di somme di danaro vi è più latitudine ancora, e la messa in mora (salvo qualche caso eccezionale in cui dei testi speciali la fanno risultare dalla semplice scadenza del termine) non nasce che dalla domanda in giudizio, o almeno dalla citazione per conciliazione seguita da questa domanda nel corso di un mese, a contare dalla non-conciliazione delle parti, o dalla non-comparsa del debitore (art. 1153).

§ 2.

Della colpa del debitore.

LXXVIII. — Il debitore trovasi in colpa ogni qual volta per l' esecuzione della sua obbligazione non ha fatto quel che doveva fare. Ma quali sono i limiti del suo dovere? Quale cura dev' egli apprestare sia all'adempimento del fatto, sia alla conservazione o consegna della cosa che fa l' oggetto della sua obbligazione?

Il nostro antico dritto, credendo seguire in ciò il dritto Romano, distingueva tre classi di cure di cui il debitore doveva or l'una or l'altra secondo i casi, e la cui essenza costituiva pure tre gradi di colpa. — Vi era *colpa grave*, quando l' obbligato non aveva apprestato all' affare la sua solita ed abituale diligenza; *colpa leggiera*, quando non aveva prestato quelle cure che presta un amministratore diligente, ma d' una diligenza ordinaria; *colpa leggierissima* infine, quando la sua prudenza e le sue previdenze non uguagliavano quelle di un amministratore vigile fino ai limiti del possibile.

La prima colpa risultante da un confronto fatto con la condotta medesima del debitore chiamavasi perciò colpa in *concreto* : le due altre al contrario, che si estimavano mercè comparazione fatta con un tipo astratto, erano dette colpe *in abstracto*. — Il debitore doveva solo le cure della prima classe, quando l' affare non interessava che il creditore ; e doveva quelle della seconda, quando il contratto interessava ambedue le parti ; era infine sottoposto alle cure estreme, quando questo contratto aveva per oggetto il suo unico interesse, e costituiva così, per parte del creditore, un puro atto di gentilezza (art. 1137).

LXXIX. — Questa teoria, più ingegnosa che praticabile, e il cui principio in fatti veniva meno in gran parte sotto le numerose eccezioni e modifiche che vi si apportavano, vien rigettata dal Codice. Salva eccezione (scritta pel caso di deposito) alla seconda delle tre colpe qui sopra indicate la legge si attiene sempre ; mercè il confronto con le cure di un amministratore di vigilanza ordinaria fa mestieri apprezzare la condotta dell' obbligato. Del resto, la valutazione da fare presentando necessariamente una latitudine, la legge si rimette al giudice per applicare la regola con più o meno severità, secondo che le circostanze il richiederanno (art. 1137).

Il debitore al quale si rimprovera, sia l'inesattezza, sia una esecuzione irregolare o tardiva, non è nondimeno obbligato ai danni e interessi, quando prova che la posizione è il risultato di una forza maggiore, e quindi non si può a lui imputare.

Inoltre se l' obbligazione di cui un caso fortuito ha impedito l' esecuzione o la rende meno vantaggiosa, era quella di dare un corpo certo, una cosa determinata in *ipso individuo*, non solo il debitore non sarebbe tenuto ai danni o interessi e si troverebbe liberato, ma il creditore gli dovrebbe sempre il prezzo integrale della cosa deteriorata o distrutta (art. 1138 2.ª parte).

In questo stesso caso di forza maggiore questa duppia regola vien meno, e gl' interessi e i danni continuano ad esser dovuti: 1° se il creditore prova, che l' avvenimento di forza maggiore è stato preceduto da una colpa, o solamente da un fatto del debitore, senza i quali l' esecuzione regolare sarebbe stata possibile; 2° se il debitore erasi formalmente gravato dei casi fortuiti ; 3° se il caso fortuito non siasi realizzato che posteriormente alla messa in mora ; a menocchè in quest' ultimo caso il debitore non provi, che il caso fortuito, di cui si tratta, sarebbesi egual-

mente realizzato, e avrebbe prodotto lo stesso effetto, se l'esecuzione l'avesse preceduto (art. 1302).

§ 3.

Della estensione e valutazione dei danni e interessi.

LXXX. — Sebbene i danni e interessi sieno in generale la riparazione della perdita arrecata al creditore, (comprendendo sotto questo nomo di perdita, non solamente la perdita propriamente detta, *damnum emergens*, ma pure la privazione del beneficio, *lucrum cessans*), il che sembra presentare una regola ben semplice e di uniforme applicazione, nondimeno l'uniformità che potrebbesi attendere, qui punto non esiste: i danni e interessi sono più o meno estesi, secondo i casi, nelle obbligazioni che non riguardano le somme di denaro, le quali non sono valutate nello stesso modo delle altre. (art. 1149).

1. Delle obbligazioni che non sono di somme di danaro.

LXXXI. — Nelle obbligazioni il cui oggetto non è una somma di danaro, i danni o interessi, se non sono stati da principio stabiliti dalle parti, si valutano naturalmente a norma del pregiudizio sofferto, ma sono più o meno estesi, secondo che vi sia stato dolo o pur no per parte del debitore.

Ed in prima il debitore non deve mai le perdite che sono una conseguenza indiretta del suo inadempimento e di cui questo non è la sola cagione. In quanto a quelle che ne sono veramente il risultato diretto e necessario, ei le deve, ma nei limiti più o meno estesi, secondo la sopra detta distinzione. — Se senza dolo alcuno il debitore ha mancato alla sua obligazione, e solo gli si abbia a rimproverare il suo fatto o la sua colpa, ei resta tenuto delle sole perdite che ragionevolmente dovevano prevedersi all'epoca del contratto. Allora infatti si riguarda il debito di danni e interessi come risultante da una tacita convenzione su tal punto; ora, gli è evidente che, in questa convenzione presunta, l'intenzione delle parti non si è portata che sul pregiudizio ch'esse potevano prevedere nel corso ordinario delle cose.— Se il debitore è colpevole di dolo, al contrario, siccome è impossibile il supporre delle convenzioni fatte per restringere la riparazione di un torto arrecato scientemente e di mala fede, così egli dovrà tutte le perdite da lui arrecate, quand'anche non avesse potuto prevederle nel contrattare. Allorchè diciamo *tutte le perdite*, s'intende che trattasi soltanto di quelle che risultano direttamente dalla inesecuzione, poichè le altre non sono mai dovute (art. 1150, 1151.)

Che, se le parti avessero avuto cura di stipulare in principio che, se nel caso di mancanza del debitore, i danni e interessi consisterebbero in una somma determinata, questa somma non potrà nè aumentersi nè diminuirsi, per grande o piccolo che sia allora il pregiudizio sofferto. Questa convenzione che *clausola penale* vien detta, come si è veduto più sopra, costituisce un cottimo che deve eseguirsi, come qualunque convenziono legalmente fatta. Egli è evidente inoltre, che in questa clausola penale, o valutazione anticipata dei danni e interessi, potrà aversi per oggetto qualunque prestazione, meno quella d'una somma di danaro (art. 1152).

2.° Delle obbligazioni di somme di danaro.

LXXXII. — La prima osservazione che qui faremo, è che nelle obbligazioni di somme di danaro, i danni e interessi, per la forza stessa delle cose, non avranno per oggetto di compensare il danno arrecato per la inesecuzione o per una poco completa esecuzione, ma quello solo che risulterà dal ritardo nell'eseguire. È ben chiaro infatti che il debitore, il quale non potesse pagare la somma che fa l'oggetto della sua obbligazione, non potrebbe neppur pagarla a titolo di danni e interessi.

I danni e interessi non consisteranno in questo caso dunque, che in una nuova somma che si aggiungerà alla somma principale per riparare il pregiudizio arrecato col ritardo nel pagamento di questa (art. 1153).

Nelle obbligazioni di somme di danaro l'estensione dei danni e interessi non varia punto come nelle altre, essa è sempre la stessa, vi sia stato o no dolo per parte del debitore. Arrogi che la loro stessa valutazione vien fatta secondo una base uniforme e indipendente dall'importanza delle perdite che ha potuto avere il creditore.

Infatto, l'uso e la destinazione di una somma di danaro variando all'infinito, e questa infinita varietà dovendosi quindi rattrovare nel pregiudizio che può risultare dal non avere ottenuta questa somma all'epoca stabilita, il legislatore ha stimato saggio espediente il rigettare l'esame de'fatti, per attenersi ad una regola generale; il pregiudizio arrecato verrà legalmente compensato in questo caso coll'interesse della somma dovuta alla ragione legale, cioè a dire al 5 per 100 in materia civile, e al 6 per 100 in materia di commercio. In fatti, per minimo che sia il

pregiudizio sofferto, o per enorme che possa essere, il creditore ha sempre dritto all' interesse legale a contare dalla messa in mora, e non avrà altro dritto che questo. Vi è nondimeno eccezione a quest' ultima idea in materia di eccezione, di società e di lettere di cambio, casi nei quali il creditore può ottenere una certa riparazione al di là dell' interesse del danaro. Del resto, la regola non si fermerebbe neppure innanzi la clausola penale, con la quale il debitore si fosse formalmente obbligato a pagare più dell' interesse ordinario del danaro; chè questa stipulazione violerebbe la legge speciale, la quale rigorosamente restringe l' interesse convenzionale alla stessa ragione dell' interesse legale (art. 1153).

Gl' interessi così dovuti a titolo di danni e interessi, e pel ritardo di pagamento, *mora*, chiamansi perciò *interessi moratorii*, mentre *interessi compensatorii* diconsi quelli dovuti pel semplice godimento del capitale.

LXXXIII. — Ci rimane a parlare di una regola che, in vero, più non appartiene alla regola dei danni e interessi, ma che qui collochiamo, perchè è fermata dal Codice ad occasione degl' interessi moratorii. Trattasi di sapere, se e come gl' interessi di un capitale potranno a lor volta produrre interessi.

L'interesse d'interessi, in quanto trattasi di stipularlo preventivamente e per interessi *da scadere posteriormente*, è assolutamente vietato, e lo è stato in ogni epoca dalla legislazione romana e dalla nostra giurisprudenza francese, come una causa inevitabile di ruina del debitore. In quanto all'interesse degl' interessi *attualmente scaduti*, al certo men pericoloso, è non pertanto rimasto sottoposto non già alla libera disposizione di stipulare, ma alla legge che lo restringe: permesso sulle prime dal primitivo dritto romano, fu successivamente proibito e dalla legislazione giustinianea, e dalla nostra antica giurisprudenza ed anche dal nostro dritto intermedio; il Codice, dopo questa proibizione di 13 secoli, lo permette finalmente, ma sol per gl' interessi dovuti per un' annata di godimento del capitale. Questo interesse inoltre non può decorrere, se non dal momento in cui se ne forma l' oggetto di una domanda in giudizio, o di una formale convenzione (art. 1154).

Del resto questa regola, restrittiva del dritto comune, non essendosi fermata che per interessi di capitali, non applicherebbesi dunque nè a restituzioni di frutti, nè a pigioni di case o di terre, nè ad annualità di rendite. È evidente che non potrebbesi neanche applicare ad interessi di capitale che un terzo avesse pagati per quietanza del debitore, chè se questi interessi non sono che interessi tra il debitore ed il creditore, egli è chiaro che divengono un capitale nei rapporti del terzo al debitore (art. 1155).

CAPITOLO IV.

CAUSE DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

LXXXIV. — Non dobbiam qui occuparci delle cause speciali, che possono estinguere un' obbligazione nel tale o tal altro caso particolare; ciascuna di esse è spiegata nella materia che le concerne, o non dobbiam presentare, in questi principii *generali* delle obbligazioni, che le cause *generali* di estinzione.

Queste cause generali sono dieci, cioè: 1° Il pagamento, o esecuzione diretta dell' obbligazione; 2° la novazione, o sostituzione di una obbligazione ad un' altra; 3° la remissione del debito; 4° la compensazione o la neutralizzazione di due obbligazioni che estinguonsi a vicenda, perchè il creditore dell' una è il debitore dell' altra e reciprocamente; 5° la confusione o riunione su di un sol capo delle due qualità di creditore o debitore di una stessa obbligazione; 6° l avverarsi di un avvenimento che rende impossibile l'esecuzione; 7° l' annullamento pronunziato giudiziariamente dell' obbligazione, 8° l' effetto della condizione risolutiva, quando si compie pria dell' esecuzione dell' obbligazione; 9° la prescrizione opposta dal debitore; 10° finalmente lo spirar del termine pel quale l'obbligazione fu imposta (art. 1234).

L' effetto della condizione risolutiva è stato spiegato più sopra (n. XLIX); la prescrizione formerà più tardi l' oggetto di un titolo particolare; ed in quanto all' estinzione per la scadenza del termine nel quale l' obbligazione doveva cessare, essa non richiede alcuno sviluppo; dobbiam dunque trattare di sette cause di estinzione; ognuna di esse formerà l' oggetto di una sezione particolare.

SEZIONE I.

DEL PAGAMENTO.

LXXXV. — Il pagamento altro non è che l'esecuzione stessa della obbligazione, l'adempimento di quello al quale era il debitore tenuto.

Il pagamento estinguendo l' obbligazione, estingue del pari naturalmente gli accessori di essa obbligazione; ma può essere altrimenti, e può accadere che le garenzie accessorie che proteggevano un credito continuino a sussistere dopo il pagamento e l' estinzione di esso credito, a pro di un credito novello sul quale la legge le trasferisce: ed è quando il paga-

mento, invece di farsi dal debitore, si fa da un' altra persona che ottiene la sua *surrogazione* ai dritti del creditore. Questo caso richiede necessariamente regole speciali. — Inoltre allorchè sienvi, dello stesso debitore verso lo stesso creditore, più debiti aventi oggetti della medesima natura, ed egli ne fa un pagamento insufficiente ad estinguerli tutti, e tale da potersi applicare sì a questo come a quell'altro debito, era mestieri determinare, se al creditore o al debitore s'appartenesse d'*imputare* il pagamento fatto sul tal debito piuttosto che sul tale altro, ed in qual modo, nel silenzio delle parti, farebbesi la imputazione. — Da ultimo può accadere che un creditore ricusi senza motivo ragionevole il pagamento che deve ricevere; e siccome non può dipendere dal capriccio di esso creditore di rendere eterna l'obbligazione del suo debitore, la legge offre a costui un mezzo di liberarsi in tal caso, malgrado il rifiuto del creditore.

Dovrem dunque occuparci successivamente: 1° del pagamento in generale; 2° del pagamento con surrogazione; 3° dell' imputazione del pagamento; 4° finalmente del pagamento forzoso in caso di rifiuto del creditore.

§ 1.

Regole generali sul pagamento.

LXXXVI. — Il pagamento di un debito può farsi non solo dal debitore, ma ancora da chiunque altro, anche da chi non avesse alcun interesse a soddisfarlo. In tutti i casi, e da chiunque sia fatto il pagamento, il debito sarà necessariamente estinto, ed il debitore liberato da tale debito, salvo a vedersi sottoposto ad un novello debito verso la persona che à per lui pagato, e fatto così il suo affare. Ma è d' uopo, ben inteso, perchè siavi estinzione dell'obbligazione e liberazione dell'obbligato, che il terzo abbia fatto un pagamento del credito, e non già la compra di esso il credito, essendo chiaro che in questo ultimo sussisterebbe sempre l' antico debito (art. 1236).

Inoltre la regola che l' esecuzione può farsi da un'altra persona diversa dal debitore, non è applicabile che in quanto il creditore non abbia interesse perchè venga fatto dal debitore stesso (art. 1237).

LXXXVII. — Quando trattasi di un pagamento che deve trasferir la proprietà dell' oggetto pagato (il che à luogo nelle obbligazioni di cose indeterminate, ed anche pei corpi certi, di cui si fosse formalmente convenuto di lasciar la proprietà al debitore sino alla consegna) il pagamento non può farsi che da colui il quale è ad un tempo proprietario dell'oggetto e capace di alienarlo.

Se colui che à pagato non era proprietario della cosa, il creditore non potrebbe acquistarne la proprietà che con la prescrizione (prescrizione per altro che pei mobili, non perduti, nè rubati, avrebbe luogo immediatamente), e finchè questa non fosse compiuta, potrebbe essere evinto dal proprietario della cosa. Non per tanto altrimenti sarebbe, se la cosa fosse stata consumata in buona fede dal creditore; in tal caso, che non può avverarsi se non pei mobili, il creditore sarebbe al coverto pel consumo fatto in buona fede, e tuttochè si trattasso di mobili perduti o rubati, più non potrebbe essere molestato dal proprietario. Che se il consumo fosse stato fatto di mala fede, il proprietario potrebbe agire pei danni e interessi. — Una volta compiuta la prescrizione, il creditore può ritenere l' oggetto; ma non vi sarebbe obbligato e potrebbe astringere il debitore a consegnargliene uno di cui fosse proprietario; chè niuno può essere costretto a fare uso della prescrizione malgrado la sua volontà e contrariamente alla voce della sua coscienza (art. 1238).

Quando colui che ha consegnato la cosa, tuttochè ne fosse proprietario si trovasse incapace di alienarla, il pagamento non potrebbe criticarsi che da questo incapace se avesse interesse a farlo; per esempio, se avesse consegnato una cosa di prezzo maggiore dell'altra, la cui consegna lo avrebbe egualmente liberato, ma qui ancora il ricorso dell'incapace sarebbe impossibile, se la cosa si fosse consumata in buona fede dal creditore (art. 1238).

LXXXVIII. — Il pagamento debbe farsi al creditore capace di ricevere, o ad una persona avente mandato, sia dalla legge, sia da lui, sia dal giudice per ricevere in suo luogo. Non pertanto il pagamento fatto al creditore incapace trovasi validato, quando ricade a prò del creditore, o costui non soffre alcun pregiudizio dalla irregolarità del pagamento: o anche quando è ratificato da colui che aveva missione di ricevere per l'incapace. Parimenti, il pagamento dovuto ad un creditore capace, e che si è fatto a persona che non aveva mandato di ricevere in sua vece, divien valido, se il creditore lo ratifica, o se ne à profittato (art. 1239 e 1241).

Il pagamento sarebbe ancor valido, tutto che non fatto nè al creditore nè al suo mandatario, se fosse fatto al possessore del credito, vale a dire a colui che godeva pacificamente della qualità di creditore, p. es. allo erede apparente: sarebbe lo stesso del pagamento fatto ad un mandatario, il cui potere

fosse rivocato, se la revoca di tal potere non fosse stata notificata al debitore. Ma sarebbe altrimenti, se si trattasse di un mandato, il cui termine fosse spirato, o di un falso mandato; chè nel primo caso, v'è stata negligenza del debitore, e nel secondo, egli subisce l'effetto della frode, poichè contro di lui tal frode si è diretta, ed egli è stato ingannato (art. 1239 e 1240).

Il pagamento anche fatto al creditore arbitro de' suoi dritti è eziandio nullo, quando vi è stato luogo a pregiudizio di un terzo sequestrante. In questo caso di sequestro il debitore deve serbare nelle sue mani non solamente una somma eguale al credito, pel quale il sequestro è fatto, ma l'intera somma che deve; chè se nuovi sequestri sopraggiungessero dopo il suo pagamento, il primo sequestrante per effetto del concorso dei sequestranti posteriori non otterrebbe che una parte della somma conservata e quindi una parte soltanto del suo credito. Soffrirebbe quindi un pregiudizio dal pagamento parziale fatto in onta della sua opposizione, e tal pagamento sarebbe perciò nullo a suo riguardo (art. 1242).

LXXXIX. — In quanto al pagamento consistente nell' adempimento della cosa, o del fatto che è l' oggetto dell' obbligazione, il creditore non può essere astretto a lasciar sostituire, all'oggetto che gli è dovuto, un oggetto differente, anche quando quest' ultimo fosse di maggior valore. Senza dubbio siffatta sostituzione di un oggetto ad un altro è possibilissima col consenso del creditore, ed è un caso di novazione; ma questo creditore non può subirla suo malgrado.(art. 1243).

Non è già pagare quel che si deve, nè fare un pagamento esatto, il procurare per frazioni e in differenti termini ciò che dovevasi dare in una sola volta; e per conseguenza il creditore non può essere astretto a ricevere in frazioni il suo pagamento. Non pertanto i tribunali sono autorizzati a permettere al debitore questo pagamento per frazioni, quando lo stimano necessario per lui e senza pregiudizio pel creditore. Questo punto, tutto che contestato è non per tanto certo; chè non è soltanto scritto nella legge, ma fu proclamato nel modo più formale dagli autori del Codice civile. E ciò è tanto meno da mettersi in dubbio, che il testo il quale detta tale facoltà, fu adottato con questa redazione: « Il giudice può non pertanto, considerando la posizione del debitore, autorizzare la *divisione del pagamento*. » Ed essendo questa una misura di umanità e di ordine pubblico, destinata a proteggere debitori sventurati e coscienziosi contro la durezza, tale volta spietata ed inutile, di un cattivo creditore, è uopo riconoscere che non potrebbesi punto derogarvi per via di convenzione particolare, e che i giudici potranno far uso di siffatta facoltà, non ostante una stipulazione contraria, tutte le volte ch'essi lo crederanno veramente necessario.

In fine, siccome la disposizione che crea questa facoltà è assoluta e senza restrizione, e non si può allegare alcun motivo legale nè ragionevole per introdurvi una distinzione che non vi si trova, fa mestieri dire, malgrado l' opinione degli autori, e con la giurisprudenza costante degli arresti, che questa facoltà, voluta dalla umanità, può esercitarsi tanto per un debito constatato da un atto notarile, che per tutt' altro. (art. 1244).

XC. — Non potendo niuno essere responsabile delle impossibilità che sopraggiungono senza essergli per nulla imputabili, ne segue, che se la cosa individualmente determinata, e che fa l'oggetto di una obbligazione, viene a deteriorarsi, senza colpa nè fatto del debitore, costui sarà pienamente libero consegnando la cosa nello stato in cui si trova. Il semplice ritardo di consegnaro la cosa diverrebbe una colpa, e renderebbe responsabile il debitore, se per effetto di tal ritardo la cosa si fosse deteriorata, quando non avrebbe parimente dovuto deteriorarsi presso il creditore (art. 1245).

Allorchè la cosa dovuta, invece di essere determinata nel suo individuo (il che chiamasi corpo certo) non lo è che per la sua specie, o se si voglia pel suo genere, quella delle parti a cui la scelta s'appartiene, (mancando convenzione in contrario, è il debitore) deve scegliere una cosa di qualità media: il creditore non può esigere la migliore possibile e il debitore non può dare la peggiore. Ma gli è aperto che altrimente sarebbe, se fosse provato essersi inteso dare alla tal parte il dritto assoluto di scegliere quell' oggetto che le piacesse, vuoi in questa categoria della specie o del genere, vuoi ancora in tutta la specie, in tutto il genere (art. 1246.)

XCI. — Il luogo in cui deve farsi il pagamento va determinato giusta le tre regole seguenti: 1° Nel luogo fissato dalla convenzione tutte le volte che tal luogo sia stato in effetti convenuto, sia espressamente sia tacitamente; 2° Se nel manco di convenzione espressa o tacita, trattasi di un corpo certo, debbe essere consegnato nel luogo in cui era, allorchè si è formata la convenzione; 3° Tranne questi due casi, il pagamento si fa in generale al domicilio del debitore: e, trattasi ben inteso del domicilio che il debitore trovasi avere al giorno del pagamento e non di quello differente che avesse avuto il giorno della convenzione: chè il Pothier di cui il Codice ha riprodotta la regola, ben ispiegava trattarsi del luogo

in cui il debito doveva domandarsi; or al domicilio attuale del debitore deve farsi la domanda (art. 1247). Le spese del pagamento, vale a dire tutte le spese per attuare il pagamento e constatarlo, sono naturalmente a peso di colui che è tenuto del pagamento, vale a dire a peso del debitore (art. 1248.)

§ 2.

Del pagamento con surrogazione.

XCII. — È uopo intendere per pagamento con surrogazione quello che è fatto da tutto altri che dal debitore, e che mentre estingue il debito (chè tale infatti è l'effetto immediato e necessario di ogni pagamento, per modo che vi sarebbe contraddizione a parlare di un debito pagato e non estinto), lascia non per tanto sussistere le garenzie accessorie di tal debito, le quali sono riportate su di un novello credito nascente in seguito della gestione di affari a pro di colui che ha pagato. La surrogazione è dunque la sostituzione di una persona ad un' altra in quanto alle garenzie del credito che apparteneva a quest' ultima e che fu pagato dalla prima. Del resto, tuttochè la surrogazione non sia possibile per la forza stessa delle cose, se non quando paghi taluno che nalla doveva, si comprende non pertanto che nel caso di più debitori di una stessa obbligazione, questa surrogazione può benissimo aver luogo a prò di uno di essi; che se uno de' debitori paghi per intero ciò che deve soltanto per la sua quota, gli è aperto, che quanto paga oltre siffatta quota è davvero pagato per un altro (art. 1236).

La sorrogazione può stabilirsi mercè convenzione o risultare di pieno dritto dalle disposizioni stesse della legge.

XCIII. — *Surrogazione convenzionale.* La surrogazione convenzionale può farsi: 1° tra il creditore ed un terzo anche senza il consenso del debitore; 2° tra il debitore ed un terzo anche senza il consenso del creditore.

Due condizioni soltanto son necessarie per la validità della surrogazione consentita dal creditore. La prima si è che la surrogazione sia formalmente espressa nella convenzione, non ammettendo la legge tacita surrogazione; poco monta in oltre in quali termini sia espressa. La seconda si è che la surrogazione si faccia nel momento stesso del pagamento: chè se questo fosse fatto prima della surrogazione, tale pagamento puro e semplice avendo operato l'estinzione delle garenzie al pari di quella del credito stesso, non potrebbe più quistionarsi di trasferimento di garenzie che più non esistono: in altri termini non potrebbe più esser quistione di surrogazione. Del resto se la surrogazione deve compiersi al tempo del pagamento, nulla toglie che essa sia *convenuta* anche pria del pagamento, poichè in tal caso il pagamento sarà quello che la farà attuare. — Queste due condizioni sono le sole che richiede la legge, e sarebbe evidentemente cader nell' arbitrio il richiederne altre, quali p. es. la consegna dei titoli del creditore al surrogato, o la intima autentica della surrogazione al debitore. Senza dubbio prudenza esige, che il surrogato curi i mezzi di assicurare gli effetti della surrogazione a fronte dei terzi ed a fronte del debitore, ma, oltre che questa non è una quistione di validità della surrogazione, il surrogato non è del resto astretto a ricorrere ai mezzi qui indicati; sarebbe sufficientemente garentito contro gli effetti dei sequestri che potessero farsi contro il surrogante, o della vendita che questo surrogante potesse fare per mala fede del credito pagato, mercè la data certa che avesse data al suo atto di surrogazione, tutto che non vi fosse ancora stata consegna dei titoli: ed il pagamento che il debitore del credito pagato con surrogazione andasse a fare al creditor surrogante, sarebbe inopponibile al surrogato, sebbene non si fosse dato scienza della surrogazione a questo debitore che con una semplice missiva, o anche con una dichiarazione verbale, le quali fossero provate o con uno scritto di esso debitore o con la sua confessione (art. 1250).

Da quanto si è detto, egli è evidente, che un terzo non può costringere il creditore a surrogarlo: ben può astringerlo, come si è già veduto, a ricevere suo malgrado il pagamento, ma non può forzarlo a ricevere un pagamento con surrogazione, non potendosi questa operare che mercè convenzione, mercè mutuo consenso (art. 1236).

XCIV. — Due condizioni soltanto son parimenti richieste per la surrogazione che fa il debitore. È uopo: 1° che sia constatato in un atto notarile, che esso debitore toglie a prestito da un terzo una somma destinata a soddisfare il suo credito; 2° che una quietanza altresì notarile esprima, che il pagamento si è fatto effettivamente mediante denari tolti a prestito. Niun' altra condizione è necessaria, e non fa neppur mestieri che la volontà di surrogare sia allora espressa; siffatta volontà risulta chiara abbastanza dalla cura avuta di adempiere le formalità volute (art. 1250).

XCV. — *Surrogazione legale.* Essa à luogo: 1° a pro di ogni creditore che paghi altro creditore (dello stesso debitore ben inteso) avente su di lui qualche causa legale di preferenza; 2° a pro di chiunque paghi un debito ch' egli aveva interesse di saldare, perchè trovavasi te-

nuto al pagamento con altri o per altri: la regola si applica in ispecie ad un debitore solidale che à pagato al di là della soa porzione nel debito al quale era *tenuto* coi suoi condebitori, ed al detentore di un immobile ipotecato che paghi il debito ipotecario, di cui trovavasi così tenuto *per* un altro, 3° finalmente a pro dell' erede beneficiario il quale paghi con suo denaro i debiti dalla successione (art. 1251.).

XCVI. — *Effetti della surrogazione.* La surrogazione, vuoi convenzionale, vuoi legale, à per effetto di mettere il surrogato, nei limiti del suo credito, in luogo e vece del creditore pagato, vale a dire, di trasferirgli tutte le garenzie che appartenevano al creditore, p. es. la garentia di una fidejussione, sul trasferimento della quale eranvi dispareri nei nostri antichi parlamenti.

Non pertanto la legge apporta a tale regola, pel caso in cui il creditore non è pagato dal sorrogato che di una parte del debito, una eccezione tanto strana per quanto poco equa: essa dichiara che questo creditore, per la parte del credito che gli rimane, verrà, non in concorrenza col surrogato, come dovrebbe essere, ma in preferenza ad esso surrogato, di tal che costui non può esercitare, in tal caso, rispetto al creditore, le garenzie che gli sono state non pertanto trasferite, e trovasi ridotto a fronte di esso creditore, a riguardare come non avvenuta la sua surrogazione. E poichè il creditore parzialmente pagato, conserva, a fronte del surrogato, il dritto di esercitare esclusivamente per sè le garenzie del credito, egli è aperto che, se la sua porzione di credito, così ultremodo favorita, fosse da lui venduta, donata, o altrimenti trasmessa, il nuovo titolare, avendo identicamente la stessa porzion di credito, godrebbe necessariamente dello stesso favore; ma se per lo contrario, invece di un trasferimento di questa parte di credito, vi fosse per essa, come v' era già stato per la prima, pagamento con surrogazione, il secondo surrogato non potendo dire, come un cessionario, aver egli lo stesso credito del creditor primitivo, cesserebbe la strana eccezione di cui trattasi per dar luogo al dritto comune, ed i due surrogati eserciterebbero in concorrenza le garentie lor trasferite (art. 1252).

Abbiam detto che la surrogazione non mette il surrogato invece del creditore e non gli trasferisce le garenzie di quest'ultimo, che nei limiti in cui il nuovo credito di questo surrogato ne è soscettibile. Sicchè è ben chiaro che, se il surrogato è precisamente un di coloro che eran tenuti del debito, o che il creditore poteva molestare, l' azione di esso surrogato non potrà esercitarsi contro altrettante persone, quanto poteva esserlo quella del creditore primitivo. Quindi ancora, quando il creditore à ben voluto ricevere il pagamento, e rilasciar quietanza per una somma minore del montare del debito, (ed è ben riconosciuto che le parti ànno inteso fare un semplice pagamento, e non già un trasferimento il cui modico prezzo dovrebbe arrecar vantaggio al *cessionario*, impropriamente chiamato *surrogato*), egli è ben chiaro che il surrogato, che così non à che un credito minore di quello del surrogante, non potrà molestare il debitore, ed esercitare tutti i vantaggi che possono risultar per lui dalla surrogazione, se non pel montare del credito minore (*ibid*).

L'estensione del regresso del surrogato, allorchè egli è un di coloro che trovansi tenuti del debito vuoi con altri, vuoi solamente per altri, sembra doversi determinare dalle due regole seguenti: 1° allorchè il surrogato era tenuto con altri, essendo egli stesso uno dei debitori, non avrà in pria azione per la parte del debito che dev' egli sopportare: e quanto all'eccedente di tale porzione, non potrà, tutto che il debito fosse solidale o ipotecario, molestare i suoi condebitori che per la parte di ciascuno (per evitare un circuito di azioni) e non potrebbe esercitare alcuna molestia contro coloro che, non essendo tenuti del debito se non in qualità di garanti, o a guisa di garanti, vale a dire *pei* debitori, senza essere essi stessi debitori. — 2° Allorchè il surrogato non era tenuto che per altri, senza essere egli stesso debitore, non potrà molestare coloro che erano nello stesso caso, se non per la parte di ciascuno di essi, (sempre per evitare circuito di azioni); ma contro i debitori, egli avrà lo stesso dritto di azione che aveva esso creditor primitivo (*ibid.*)

§ 3.

Dell' imputazione dei pagamenti.

XCVII. — Quando il debitore di più debiti aventi un oggetto simile, fa un pagamento che può applicarsi sì ad uno come ad un altro, ma che non è bastante ad estinguerli tutti, è egli il padrone di dichiarare su quale debito intende imputare il suo pagamento (art. 1253).

Non è aver due debiti, il dover tutt'insieme una rendita o un capitale produttivo d' interessi, poscia una certa somma per annualità di essa rendita, o per interessi di tal capitale: il capitale e gl'interessi, la rendita e le annualità non sono invero che gli oggetti di una sola e medesima obbligazione. La regola fermata pel caso di più debiti è dunque qui inapplicabile, ed un debitore non potrebbe, senza il consenso del creditore, imputare il suo pagamento sul capitale in preferenza degl' interessi o delle annualità, il pagamento si applicherà

sempre a questi interessi e a queste annualità nel silenzio delle parti. Così sarebbe, anche quando il debitore, facendo un pagamento troppo piccolo per soddisfare il totale degl' interessi e del capitale, dichiarasse e facesse enunciare sulla quietanza che il pagamento si fa per *capitale ed interessi*: la circostanza che il capitale fosse così enunciato prima degl' interessi, non impedirebbe dal non imputare il pagamento sul capitale, che per quanto rimanesse dopo estinta la totalità degli interessi o delle annualità (art. 1254).

Che se, nel caso di un pagamento eccedente l' ammontare degl' interessi o delle annualità, la quietanza (invece di dire che il pagamento si è fatto pel capitale come per gl' interessi) serbasse silenzio su quel che le parti ànno inteso fare, direbbesi forse che l' eccedente di quanto era dovuto per gl' interessi, debbesi anche imputare sul capitale, ovvero si deciderebbe che questo eccedente debbe riguardarsi come una somma indebitamente pagata, e suscettiva di ripetizione?...

Egli è evidente esser questa una semplice quistion d' intenzione che, per le rendite, come pei capitali si deciderà a seconda delle circostanze del fatto; se si riconoscesse che il debitore non à fatto un pagamento troppo forte che per errore, e non volendo pagare che gl' interessi, è ben chiaro che vi sarà pagamento indebito e soggetto a ripetizione, tanto per un capitale, quanto per una rendita: se si vedesse al contrario essere stato pensiero delle parti, di estinguere porzione del capitale, egli è palpabile che non vi sarà luogo a ripetizione, nè in caso di capitali, nè in caso di rendite (*ibid*).

Se invece d'interessi prodotti da un capitale e formanti quindi con esso l'oggetto di una sola e medesima obbligazione, si trattasse soltanto d' interessi moratorii, vale a dire di una somma dovuta, ad occasione di un obbligo non produttivo d' interessi, come indennizzo del ritardo apportato all' esecuzione dell' obbligazione, allora, siccome il debito di questi interessi moratorii sarebbe distinto dal debito del capitale, si rientrerebbe nel caso della regola fermata pel caso di più debiti, ed il debitore sarebbe libero di dichiarare quale dei due debiti egli intende soddisfare (*ibid*).

XCVIII. — Quando il debitore non fa da sè l' imputazione, il creditore può farla e l'enunciazione che inserisce a tal riguardo nella quietanza produce il suo effetto. È uopo non pertanto che siffatta imputazione sia fatta lealmente: il debitore potrebbe farla annullare, se fosse il risultato del dolo o anche di una semplice sorpresa (art. 1255).

Se l' imputazione non è fatta nè dal debitore, nè dal creditore, la legge stessa la determina giusta le regole seguenti:

Di due debiti di cui un solo è scaduto, il pagamento s'imputa su quest' ultimo: — Se entrambi i debiti sono scaduti, o se ambedue nol sono; l' imputazione si fa sul più oneroso; — se i varii debiti sono egualmente onerosi, l'imputazione per debiti scaduti, si fa su quello che è scaduto da più lungo tempo; per debiti non iscaduti, su quello ch' è più prossimo a scadere; essendo tutte le cose eguali, il pagamento s' imputerà su tutti i debiti proporzionalmente (art. 1256).

§ 4.

Del pagamento fatto non assentendo il creditore.

XCIX. — Allorchè il creditore rifiuta senza un giusto motivo di ricevere il pagamento, il debitore può giungere a di lui malgrado a liberarsi con mezzi che variano, secondo che il debito à per oggetto, o una somma di denaro, o un corpo certo, o una cosa indeterminata.

Perchè il creditore non abbia giusti motivi di ricusare, è uopo, ben inteso, che gli si offra un pagamento regolare e valido. Sicchè è mestieri: 1° che l' offerta si faccia al creditore capace di ricevere, o ad una persona avente facoltà di riceverе per lui; 2° che sia fatta da una persona capace di pagare quello di che trattasi; 3° che sia della totalità della cosa a pagare; 4. e 5. che non sia fatta prima della scadenza di un termine posto a pro del creditore, nè pria dell' avveramento della condizione per l'avvenimento della quale deve il debito attuarsi (art. 1158).

C. — Pei debiti di somme di danaro, il debitore sul rifiuto del creditore, deve fargli lo offerte reali, e consegnare in seguito la somma (art. 1257.)

Chiamansi *reali* le offerte che son fatte con presentazione attuale ed effettiva della somma. Per la loro validità, è uopo in pria la esistenza delle cinque condizioni, di cui abbiam parlato al n.° precedente, poi 6° che sieno fatte nel luogo convenuto pel pagamento, e nel manco di convenzione su tal punto, alla persona, o al domicilio, sia reale, sia convenzionale del creditore; 7° che sieno fatte da un uffiziale ministeriale avente qualità per dare autenticità agli atti stragiudiziali, vale a dire da un notaio, o da un usciere; 8. finalmente che il processo verbale redatto da tale uffiziale, indichi il numero ed il valore delle monete offerte, menzioni la risposta del creditore, e dica se à sottoscritto, rifiutato di farlo, o dichiarato di non poterlo (*ibid.*)

Se il creditore accetti lo offerte reali, egli è aperto che vien pagato, e che tutt o è finito, come se la cosa si fosse passata all' amichevole. Se rifiuta, il debitore, per giungere alla sua liberazione, deve fargli fare intima di presentarsi, in un giorno ed ora indicati, nel luogo in cui si fanno i depositi, per riceversi la somma offerta, se vi si decide; o per vederla consegnare, se persiste nel suo rifiuto. Se nel luogo e nel momento indicato, il creditore non comparisce, o so di bel nuovo ricusa di ricevere, il debitore deve spogliarsi della somma offerta, più degl' interessi decorsi dal giorno della offerta; depositando il tutto nella cassa dei depositi, la quale ha per preposti, in Parigi un cassiere particolare; in ciascun capo-luogo di dipartimento il ricevitor generale, ed in ciascun capo-luogo di circondario il ricevitore parziale. Da ultimo un processo verbale redatto come quello delle offerte reali da un notaio o da un usciere, deve designare la natura delle monete, menzionare la non-comparsa del creditore, o il novello rifiuto, e il deposito che n' è seguito; poscia nel solo caso di non comparsa, debbesi intimare al creditore una copia di questo processo verbale (1257-1159.)

La somma così offerta e consegnata si reputa come pagata, in quanto al debitore che trovasi in tal modo liberato, ma sotto la condizione non pertanto, che il deposito sarà in seguito accettato dal creditore o dichiarato valido da una sentenza. Finchè quest'accettazione o questa sentenza non sono intervenute, il debitore può ritirare la somma; e se lo fa, il debito continua ad esistere. Al contrario, dacchè vi à accettazione o cosa giudicata, l' estinzione del debito è diffinitiva; il debitore più dunque non può riprendere la somma se non col consenso del creditore, e la ripresa così operata non avrebbe per effetto che di far nascere un nuovo debito; di tal che i fidejussori, le ipoteche, e le altre garentie che accompagnavano il primo credito non sarebbero meno estinte (*ibid.*, e art. 1261-1263.).

Le spese dell' offerta e del deposito, quando il creditore lascia fare l' una e l' altra, sono a peso del creditore, purchè ben inteso questa offerta e questo deposito sieno stati fatti validamente. Se il creditore, dopo aver ricevuto l' offerta reale, impedisce il deposito accettando all' istante in cui esso si operava, le spese fatte sono ancora a suo peso. Ma se accetta l' offerta al momento stesso che gli vien fatta, le spese non saranno a suo carico, se non quando offerte amichevoli avessero preceduto le offerte reali, e fossero state rifiutate; ed è chiaro che spetterà al debitor di provare queste offerte amichevoli ed il loro rifiuto, poichè, come si vedrà al cap. *delle Pruove*, spetta a colui che inoltra una allegazione il provarla: che se le offerte essendo state provate o confessate; il creditore pretendesse non averle rifiutate sè non perchè non erano valide, spetterebbe a lui di provarne l' invalidità (art. 1260).

CI. — Quando il debito à per oggetto un corpo certo, non fa mestieri nè di offerte, reali, nè di deposito; ma fa d' uopo distinguere, se spetta al creditore di venire a ritirare l' oggetto, o se il debitore è nell'obbligo di portarlo da lui.

Nel primo caso il debitore, dopo aver trasportato nel luogo della consegna, se già non vi era, l' oggetto della sua obbligazione, farà un' intima al creditore per venirlo a rilevare. Questa intima notificata, vuoi alla persona del creditore, vuoi al suo domicilio reale o elettivo, produce da sè solo l' effetto, che più sopra abbiam veduto risultare dalle offerte reali e dal deposito; di tal che il debito è immediatamente estinto sotto la condizione di un' accettazione posteriore del creditore, o di una sentenza che dichiara la validità della notifica. Del resto, se il debitore avesse bisogno di sgombrare il luogo occupato dall' oggetto del debito, potrebbe farsi autorizzare da una sentenza a depositarlo in un altro luogo che designerà il tribunale. È superfluo il dire che le spese della notifica e quelle del deposito, di cui si è or parlato, se v' è luogo, saranno a carico del creditore, tutte le volte che sarà assodato, che il creditore à indebitamente ricusato di conseguarsi l' oggetto (art. 1264).

Quando il debitore è obbligato di trasportare la cosa presso il creditore, gli basta, sul rifiuto di esso creditore di riceverla, il depositarla immediatamente nel luogo più vicino possibile, e di fare in seguito intima al creditore di venirla a rilevare. Il debitore trovasi liberato con siffatta intima, sempre sotto la condizione di un' accettazione posteriore del creditore, o di una sentenza la quale dichiari la validità di quanto si è fatto. Gli è evidente che qui ancora il rifiuto del creditore farà cedere a suo peso tutte le spese che verranno occasionate da tal rifiuto (*ibid*).

CII. — Pei debiti di cose indeterminate si seguiranno tutte le regole testè indicate per debiti di corpi certi, per questa tra le altre ragioni, che la scelta che avesse fatto il debitore della cosa a consegnare, e la designazione individuale che dovrà farne nella sua citazione al creditore, faranno di tale cosa un corpo certo.

Che se la scelta è quindi la determinazione a fare della cosa indeterminata, apparte-

nesse al creditore, la via da tenersi sarebbe necessariamente un po' diversa. Il debitore sul primitivo rifiuto del creditore, dovrà fargli intima di venire a scegliere e rilevaro l'oggetto, e sul nuovo rifiuto di ottemperare a siffatta richiesta potrà ottenere una sentenza, la quale ordini che, non avendo il creditore fatta la scelta in un dato termine, questa scelta si farà da tale persona, e la cosa così scelta, depositata nel tal luogo (Addiz. all' art. 1264).

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE.

CIII. — La novazione è il cangiamento di un' obbligazione in un' altra, è la sostituzione di una nuova obbligazione a quella precedente che trovasi così estinta e sostituita dalla seconda. Essa può osservarsi in tre modi: 1° mediante semplice cangiamento del debito (restando gli stessi il creditore ed il debitore): 2° col cangiamento del debitore, 3° col cangiamento del creditore.

È ben evidente inoltre che queste tre cause, di cui una sola può operar la novazione dell' obbligaziane, possono pure concorrere per formarla, e che se più cause di novazione possono così concorrere per estinguere un sol debito, è possibile reciprocamente che una sola causa di novazione estingua più debiti ad un tempo (art. 1271).

Nel caso di novazione per mutamento di debitore, se l' antico debitore à presentato il nuovo in sua vece, evvi delegazione (art. 1275). Se al contrario il nuovo è venuto a sostituirsi all' antico, senza il concorso di costui, dicesi esservi expromissione (art. 1274).

CIV. — È un punto delicato quello di sapere, se una convenzione à operato la novazione; e sarebbe esporsi a prestar sovente alle parti una intenziono ch' esse non ànno avuta, l' ammettere facilmente siffatta novazione. Così potrebbesi vedere una novazione per cangiamento di debito, allorchè le parti ànno solamente voluto apportare una modifica al debito, e non sostituirgliene un altro; una novazione per cambiamento di debitore, allorchè si è inteso aggiungere al primo debitore un secondo debitore o un garante; una novazione per cangiamento di creditore, in un caso in cui non si è voluto fare che una cessione del credito. Siccome da un altro canto la novazione è cosa grave, e non devesi leggermente credere che un creditore abbia inteso infrangere i suoi dritti, la legge per prevenire qui le conseguenze dell' interpetrazione senza controllo, che di ordinario appartiene ai giudici del fatto nelle quistioni d' intenzione, fa positivo divieto di riconoscerla, tutte le volte che può esservi alcun dubbio, e che non v' à evidente manifestazione della volontà di operarla. E meglio ancora nel caso in cui l' errore sembrava più a temersi, nel caso di delegazione, la legge non permette di riconoscere la novazione che in quanto sia espressa la volontà di operarla, negli altri casi basta che questa volontà risulti dalle circostanze, perchè venga fuori specchiatamente (art. 1273 e 1275).

La giurisprudenza à in ispecie applicato questi principii al caso di un venditore che riceve dal suo compratore dei biglietti in pagamento del suo prezzo di vendita; essa decide e con ragione che la quietanza rilasciata anche senza riserve da questo venditore, contro la rimessa dei biglietti, non è tale da dimostrare che il creditore abbia inteso estinguere pel caso di non pagamento dei biglietti, il suo credito privilegiato di venditore; ed arresti sovrani che avevano giudicato il contrario sono stati cassati come contenenti contravvenzione alla legge (art. 1273).

CV. — La novazione essendo la sostituzione di un debito ad un altro, è dunque indispensabile, perchè si compia, che sieno in iscena due obbligazioni: quella che deve estinguersi con tal sostituzione dell' altra, e quella la cui sostituzione alla prima deve estinguere quest' ultima. Se la prima si trovasse non avere esistenza legale, la seconda che non si contraeva se non in quanto dovea sostituirla, non esisterebbe neppure, e la novazione apparente troverebbesi non avvenuta: se la seconda si trovasse giuridicamente inesistente, la prima, di cui l' estinzione non si era consentita se non perchè doveva essere sostituita dall' altra, continuerebbe ad esistere, e neanche vi sarebbe stata novazione.

Del resto, se due obbligazioni sono assolutamente necessarie non si richiede che abbiano una esistenza perfetta ed irrevocabile. — Sicchè quando una o ciascuna delle obbligazioni è annullabile, la novazione (salvo l' effetto ulteriore dello annullamento, se viene ad essere pronunziato) esiste evidentemente; poichè questa obbligazione annullabile produce tutti gli effetti ordinarî, finchè sussiste. — La novazione si compirebbe egualmente anche in modo irrevocabile, tutto che una delle obbligazioni sia puramente naturale, poichè l' obbligazione naturale, dacchè si è manifestata come tale, riceve dalla legge la stessa efficacia della obbligazione civile, o piuttosto divien debito civile con la sua stessa manifestazione. — In fine, sebbene l' obbligazione condizionale trovasi non esser mai esistita, quando vi è non-adempimento della condizione sospensiva, o compimento della condizione

risolutiva, una tale obbligazione basta non pertanto per la novazione; e non già soltanto per una novazione, e che non dovrebbe rendersi perfetta, se non quando l'obbligazione divenisse anch'essa perfetta; ma altresì se tale è l'intenzione delle parti, per una novazione assoluta, pura e semplice ed immediatamente perfetta. La nostra legge francese avendo rigettato il rigorismo romano per seguire, nella nostra materia delle obbligazioni, le regole dell'equità e rispettare la volontà dei contraenti, tutte le volte ch'essa nulla à d'illecito; gli è evidente che si può benissimo infrangere un legame, anche imperfetto e condizionale, sostituendovi un legame puro e semplice, o viceversa; egli è evidente che si può, p. es. sostituire assolutamente con un debito puro e semplice di 200 fr. un debito condizionale di 500 fr., o viceversa (art. 1272).

CVI. — La regola evidente ed incontestabile della necessità di due obbligazioni deve dunque intendersi con prudenza, e dobbiamo su tal punto aggiungere qualche sviluppo.

Così, quando una delle due obbligazioni trovasi colpita da una nullità radicale, (p. es. perchè contraria ai buoni costumi), egli è chiaro che qualunque novazione è impossibile.

Ma se, invece di essere radicalmente nulla, una delle obbligazioni è soltanto annullabile, vuoi per incapacità, vuoi per violenza, errore o dolo, la novazione sussiste, finchè non vi è annullamento: che se l'annullamento viene a pronunziarsi, l'obbligazione essendo così posta nel nulla, e trovandosi non aver mai esistito, la novazione (per massima e salvo quanto appresso si dirà) trovasi ancor nulla e non avvenuta. Ma è uopo far qui una osservazione importante, pel caso in cui trovasi essere annullabile l'antico debito.

In allora la novazione stessa coprirà spesso l'antico debito, di tal che l'annullamento trovandosi ormai impossibile, la novazione sarà immediatamente irrevocabile. In fatti se con piena scienza del vizio che affettava la sua obbligazione, il debitore è venuto a liberarsene, sostituendolene una nuova, egli è chiaro aver con ciò rinunziato alla sua azione di nullità: se al contrario à acconsentito la novazione nell'ignoranza della causa di annullamento, questo annullamento può sempre domandarsi da lui, e se vien pronunziato, svanirà la novazione. Che se, invece di esser novato dal debitore stesso, il debito annullabile lo è da un terzo, egli è aperto che l'annullamento potrà sempre ottenersi dal debitore, ma queso annullamento non sempre trarrà seco la nullità, della novazione: se è stata mente del terzo di obbligarsi anche pel caso (*specialmente* pel caso) in cui il debito annullabile venisse ad essere annullato, si è, che questo debito costituisce un'obbligazione naturale che il terzo ha inteso novare come tale, e la novazione debbe avere il suo effetto, del pari che lo à quando si è novata un'obbligazione condizionale, precisamente come condizionale, e non già soltanto in quanto che diverrebbe perfetta: ma se il terzo ignorava il vizio della obbligazione, o se, conoscendolo; nulla provi che abbia inteso obbligarsi anche pel caso di un annullamento, la novazione è non avvenuta.

È necessaria un'altra osservazione pel caso in cui l'antico debito era già annullato al momento in cui lo si novava. Allora, quando la novazione è fatta dal debitore stesso, gli è evidente che questo debitore si è riconosciuto legato in coscienza, e quindi vi è novazione perfettamente valida dell'obbligazione naturale. Quando siffatta novazione si è fatta da un terzo, la decisione sarà necessariamente la stessa, se questo terzo conosceva l'annullamento pronunziato; se lo ignorava, si ricadrà nella distinzione del precedente comma, e la novazione sarà nulla o valida, secondo che questo terzo avrà inteso o pur no di obbligarsi anche pel caso di annullamento.

Inoltre è superfluo il dire che, tutte le volte che vi à disaccordo tra le parti sul punto di sapere, se il debitore ha conosciuto il vizio del suo debito o se il terzo à inteso obbligarsi anche pel caso di annullamento, spetta al creditore di *far* la pruova del fatto negato dall'avversario (art. 1272).

CVII. — Per quanto concerne l'influenza delle condizioni, risulta da quanto più sopra si è detto, che la novazione può, come tutt'altro contratto, farsi puramente o condizionalmente, e che si può operarla (poco monta per altro se sia pura e semplice, o condizionale), sostituendo l'una all'altra o due obbligazioni pure e semplici, o una obbligazione pura e semplice ed una condizionale, o due obbligazioni condizionali. Del resto, quali che sieno le combinazioni che potranno esistere a tal riguardo, la convenzione delle parti dovrà sempre regolarsi secondo i principii generali.

La maggior difficoltà, qui come dovunque, sarebbe quella che risultasse dal manco di espressione di volontà, o dall'ambiguità dei termini adoperati: or siffatta difficoltà non sarebbe, come dovunque parimenti, che una quistione d'intenzione da decidersi mercè l'esame delle circostanze. Sicchè quando le parti àn dichiarato sostituire ad una obbligazione

pura e semplice una novella obbligazione, sotto tale condizione, senza spiegare se ànno inteso far ricadere la condizione sul debito nuovo, ovvero sul contratto stesso di novazione, le circostanze faran conoscere la volontà delle parti contraenti, e la più determinativa di tali circostanze sarebbe naturalmente il valore comparativo degli oggetti delle due obbligazioni (art.1272).

CVIII. — Tutto che la novazione abbia per effetto naturale di annullare l'obbligazione e per una conseguenza forzata tutti gli accessorii di tale obbligazione, la legge non per tanto, per una eccezione di favore, permette alle parti di trasferire sulla nuova obbligazione i privilegi e le ipoteche che garentivano la precedente, di tal che un credito recentissimo potrebbe trovarsi così protetto da un' ipoteca di data molto antica, e primeggiare altre ipoteche anteriori alla nascita di questo credito. Questa translazione sul nuovo debito delle ipoteche dell' antico, non può farsi che al momento stesso della novazione e non subito dopo, poichè queste ipoteche, se non fossero mantenute e trasferite nel tempo stesso che estinguesi il debito, si estinguerebbero con esso, ed una volta estinte, più non si potrebbe trasferirle, ma soltanto costituirne delle nuove. Questo trasferimento, per compiersi, esige del pari il consenso, almeno tacito, del proprietario dei beni ipotecati; e la legge spinge tant' oltre il rigore di questa regola che, quando la novazione si è operata da uno di più debitori solidali, la convenzione fatta tra questo debitore ed il creditore, senza il concorso dei condebitori, non potrebbe trasferire sul nuovo credito le ipoteche esistenti sui beni di tali condebitori(art. 1278-1280).

Gl' è evidente inoltre, che mai non si potrebbe, con alcuna convenzione, crear sui beni di un nuovo debitore una ipoteca che rimontasse allo stesso rango di quelle esistenti sui beni dell' antico: la legge permette per favore di mantenere al suo rango per un nuovo debito una ipoteca antica; ma non potrebbe permettere di dare un rango antico ad una nuova ipoteca. Si è perchè qui non trattasi che di mantenere una ipoteca esistente, e non già di una costituzione d' ipoteca, e basta il tacito consenso del proprietario del bene; altrimenti,e se si trattasse di costituire, di creare un' ipoteca, non solo il consenso di esso proprietario dovrebbe essere formale, ma occorrerebbe eziandio che fosse espresso in un atto notarile *(ibid)*.

CIX. — È inutile il dire che il consenso da darsi dal proprietario al mantenimento dell' antica ipoteca potrebbe benissimo, come il consenso da darsi dalla tale persona per la costituzione di una nuova ipoteca, essere l'oggetto di una condizione apposta alla novazione. Così, a quella guisa che si può fare la novazione sotto la condizione del ritorno della tale nave, alla guisa stessa il creditore può dichiarare, che non consente a siffatta novazione che pel caso in cui la tale o tal' altra persona accederanno alla nuova obbligazione, sia come condebitori solidali, sia come fidejussori; o mercè che la tale persona gli dia ipoteche sui suoi beni: o mercechè il precedente debitore consenta a mantenere le ipoteche che garentivano l' antico debito. In questi differenti casi, come in tutti gli altri in cui vi è condizione, la novazione avrà effetto se si attui il fatto preveduto ; se non si avveri, la novazione sarà non avvenuta (art. 1281).

Ci rimane a presentar qui un'ultima osservazione.—Quando il nuovo debitore, che il creditore accetta invece dell' antico, trovasi insolvibile, la sua insolvibilità non togliendo che esista l' obbligazione, la novazione resta dunque perfetta e produce tutto il suo effetto, quando anche si fosse compiuta per delegazione, vale a dire quand' anche l' antico debitore avesse presentato il nuovo al suo creditore. Ma se, nel caso di delegazione, il nuovo debitore fosse attualmente nello stato di fallimento o di decozione al momento della novazione, la legge permette al creditore, non già di esercitare il suo antico credito, che è diffinitivamente estinto, ma di esigere dal suo debitore l' indennizzo del pregiudizio sofferto. Egli è chiaro che questo regresso in indennizzo contro il delegante esisterebbe parimenti, oltre il caso di fallimento o decozione, se si fosse stipulato dalle parti (art. 1276).

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO.

CX. — Tutto che in una larga accezione si potesse dire che, il creditore *rimette il debito*, tutte le volte che ritiene il suo debitore per saldo e libero, (il che abbraccerebbe il caso di pagamento e di novazione), non v'è non pertanto propriamente *remissione*, se non quando l' estinzione risulta unicamente dalla rinunzia che fa il creditore del suo credito, dall' abdicazione che fa del suo dritto ; di tal che la causa immediatamente generatrice della estinzione sia la semplice volontà di esso creditore (1).

(1) Nella novazione, p. es. il fatto della sostituzione dei crediti è la causa immediata dell' estinzione e non già la volontà, che non ne è se non il principio mediato. La volontà delle parti ingenera la novazione dei debiti, e questa novazione a sua volta produce l' estinzione dell' antico debito.

La remissione di un debito può essere convenzionale o non convenzionale; chè se essa può risultare da un atto che non si compie se non col concorso delle volontà del creditore e del debitore, essa può risultare eziandio da un testamento o da una abdicazione assoluta. Intendesi per abdicazione assoluta la rinunzia che facesse un creditore del suo dritto, non già nell'interesse speciale del debitore, ma unicamente nel pensiero di spogliarsi del suo credito. In quest'ultimo caso l'estinzione del debito si opererebbe senza la volontà del debitore, o anche non ostante siffatta volontà.

La remissione si fa a titolo oneroso o a titolo gratuito, secondo che il creditore riceve o pur no qualche vantaggio in ricambio della sua rinunzia. Così è a titolo oneroso quando si fa per transazione, o quando è correlativa ad una remissione reciprocamente consentita dall'altra parte (*osserv. pral.* dell'art. 1282).

CXI. — La remissione è espressa o tacita. Quella tacita, specialmente se è gratuita, non devesi presumere leggermente, e non deve essere ammessa, se non quando si manifesta chiaramente dalle circostanze (art. 1286).

Havvi inoltre un caso, nel quale la legge la presume di pieno dritto.

Gli è quando vi è tradizione volontaria dal creditore al debitore del titolo che prova l'obbligazione, ed è d'altronde riconosciuto che questa tradizione non è la conseguenza di un pagamento. In caso di contestazione spetta al creditore di provare, che il titolo non è stato volontariamente da lui conseguato, o che non lo è stato in seguito di un pagamento; chè il possesso del titolo nelle mani del debitore fa presumere, sino alla pruova contraria, una restituzione piuttosto che una perdita o una sottrazione, e questa restituzione fa presumere un pagamento piuttosto che una remissione. — Questa presunzione di remissione (ed in conseguenza di estinzione del debito e di liberazione del debitore) risultante di pieno dritto da ogni tradizione del titolo che prova il creditore (o che il debitore confessa) non essere la conseguenza di un pagamento, non ammette pruova contraria, quando si è consegnato il titolo originale; ma la pruova contraria è possibile, ed il creditore à dritto di combattere la presunzione di liberazione, quando non à consegnato che la copia di prima edizione di un atto autentico, di cui rimane minuta (art. 1282 e 1283).

Da ultimo la remissione nel caso di più coobligati dividesi in reale e personale, secondo che ricade sul debito stesso, di tal che libera allora tutti i debitori, o è puramente relativa ad uno degli obbligati, e non libera che lui (art. 1284 e 1287 n. IX.).

CXII. — La remissione, quale che sia, non si compie in ogni caso che mediante le condizioni generali richieste per l'atto che l'à prodotta.

Sicchè, quando non v'à rinunzia assoluta, rinunzia pura o semplice, la remissione non si opera, se non quando la convenzione si forma coll'accettazione che fa il debitore della rinunzia fatta suo pro dal creditore. — Se la convenzione la quale contiene una remissione costituisce una transazione, non basta più l'adempimento delle regole sulle convenzioni ordinarie, è mestieri che le due parti sieno capaci di transigere. — Se la remissione è gratuita, nelle parti si richiede capacità di dare e di ricevere, e vi è sottomissione alle regole della riduzione e della collazione; in quanto alle regole sulle forme delle donazioni, esse non sono punto necessarie, perchè non trattasi qui di una donazione propriamente detta (*Osser. prelim.*).

CXIII. — In qualunque modo si compia la remissione, esso ha per effetto naturale l'estinzione dell'obbligazione e dei suoi accessorii.

Ma se quest'effetto non dà luogo a veruna difficoltà, e non richiede veruna osservazione particolare, quando vi è un sol debitore, non è lo stesso quando vi sono varii coobbligati al debito, e fa d'uopo allora fare molte distinzioni per sapere, se la remissione sia reale o personale, e quali conseguenze produca.

La remissione espressa accordata a uno dei condebitori solidali si applica, salvo formale restrizione, al debito intero e libera interamente tutt'i debitori. Quando poi è espressamente ridotta alla parte del condebitore, estingue il debito per questa parte, e libera per tanto gli altri debitori: li discarica pure in caso d'insolvibilità di uno di essi della frazione che il primo avrebbe dovuto sopportare in questa insolvibilità. È del resto evidente, che il creditore può eziandio, dichiarandolo espressamente, non liberare il condebitore che dalla solidarietà, il che farebbe sussistere l'obbligazione contro costui per la sua parte, e contro gli altri per la totalità. — Quando alla remissione fatta ad uno dei condebitori solidali non è che tacita, essa libera eziandio gli altri pienamente, se risulta dalla tradizione volontaria del titolo. Negli altri casi, si giudicherà dalle circostanze del fatto l'estensione che le parti ànno inteso dare alla remissione (art. 1285).

CXIV. — In caso di debito garentito da fidejussori, egli è aperto che costoro sarebbero liberati mercè la remissione fatta espressamente o tacitamente al debitore principale, la remissione fatta al fidejussore unico o a tutti i fidejussori, in tal qualità, non libera evidentemente il debitore; essa non estingue che la fidejussione e trovasi senza al-

cuna influenza sul debito, come sarebbe l'abbandono d'un ipoteca, di un pegno, o di tutt'altra garenzia.

La remissione fatta ad uno de' fidejussori (come fidejussore beninteso) diminuisce d'altrettanto la garenzia, e libera gli altri garanti tanto per la porzione del primo nel debito, quanto per la frazione che avesse dovuto sopportare, a seconda dei casi, nella insolvibilità dell'uno o degli altri. Sarebbe diversamente, e la esonerazione di uno dei garanti rimarrebbe senza effetto per gli altri, se il garante discaricato non si fosse obbligato che con atto posteriore all'obbligo degli altri, di tal che costoro non avessero dovuto contare su di lui.

Del resto tutte le volte che la remissione fatta ad un garante non è acconsentita che a prezzo di danaro, questa remissione è sol perciò reale, o per meglio dire vi è allora, di pieno dritto, pagamento fino alla concorrenza della somma ricevuta dal creditore. Così quand' anche fosse dichiarato che s'intende discaricare il fidejussore soltanto, e che la somma che versa è il prezzo dei rischi ai quali lo si è sottratto; questa somma s'imputerebbe non di meno sul debito, e libererebbe di altrettanto tutti gli obbligati (art. 1287 e 1288).

CXV. — Quando i diversi obbligati ad uno dei quali è fatta la remissione, sono tutti debitori solidali rispetto al creditore, nel tempo stesso che sono debitori principali e fidejussori fra di loro, è uopo ricercare, se in qualità di condebitore solidale, o in quella di debitore principale o di fidejussore, l'obbligato è stato discaricato; chè ben si scorge da quanto abbiam detto nei due commi precedenti, che l'effetto della remissione sarà spesso differente secondo i casi.

Sarà questo evidentemente un punto di fatto, una quistione d'intenzione, che per manco di dichiarazione sufficientemente esplicita si deciderebbe secondo le circostanze. Sicchè non vi sarebbe possibile impaccio, se la remissione fatta per la parte dell'obbligato si dirigesse precisamente a quello dei condebitori solidali che si trovasse essere il solo debitore effettivo, (non essendo gli altri per lui che dei fidejussori): sarebbe ben chiaro che la remissione non gli è fatta che come condebitore solidale e per la sua parte virile apparente, poichè solo in tal qualità di debitore solidale egli avrebbe *una parte*.

Nel dubbio inoltre sarebbe mestieri dire che come condebitore solidale l'obbligato è stato discaricato: ciò è evidente, poichè tale è la sua qualità a fronte del creditore, che à fatto la remissione, e non è debitore principale o fidejussore che relativamente ai suoi coobbligati (art. 1285 n. IV).

Ad ogni modo, tutte le volte che la remissione fatta ad uno dei diversi obbligati li à liberati tutti, il primo avrà o pur no regresso contro i suoi coobbligati, secondo che la remissione da lui ottenuta avrà avuto luogo a titolo oneroso o a titolo gratuito. In fatti quando il coobbligato à comprato a qual siasi costo la sua liberazione e quella dei suoi consorti, gli è chiaro che à compiuto per costoro una gestione di affari che l'obbliga ad indennizzarlo; ma quando la remissione è stata puramente gratuita, non vi è più indennità possibile, non essendo la indennità se non la riparazione del pregiudizio sofferto. . . Senza fallo il creditore di una obbligazione che presenta molti obbligati, potrebbe conferire gratuitamente ad uno di essi il beneficio del credito, in modo che l'obbligato così gratificato potesse farsi pagare dai suoi coobbligati, ma bisognerebbe perciò che vi fosse *trasferimento* del credito, e non già *estinzione*; sarebbe allora una donazione, una *cessione* di questo debito (che continuerebbe necessariamente ad esistere, meno la parte estinta, per confusione) e non già un caso di *remissione* (art. 1286 o 1287, n. VIII).

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE.

CXVI. — La compensazione è la simultanea estinzione delle obbligazioni, di cui due persone sono reciprocamente debitrici, e che si annullano a vicenda pel fatto stesso della loro reciprocità. È un pagamento fittizio che la legge autorizza, quando non lo opera da sè, per evitare a ciascuna delle parti necessità di consegnare da una mano quanto dovrebbe ricevere con l'altra.

Diciamo che la compensazione ora è operata dalla legge stessa, ed ora soltanto autorizzata. Distinguesi in fatto la compensazione *legale*, che si compie di pieno dritto, anche all'insaputa dei due debitori, pel fatto solo delle condizioni richieste; e la compensazione *facoltativa*, la quale, atteso il manco di tali condizioni, non si attua che a richiesta di una delle parti, la quale trovasi così aver *la facoltà* di operarla o pur no.

CXVII. — Le condizioni richieste perchè si avveri la compensazione di pieno dritto riduconsi a quattro.

1.° È mestieri che le due parti sieno ben realmente debitrici l'una dell'altra. — Così, la compensazione non avrebbe luogo tra quanto io vi debbo, e quanto voi dovete alla succes-

sione che io non ò accettato che col benefizio dell' inventario; chè la mia accettazione beneficiata lasciando il patrimonio ereditario distinto dal mio, voi avete per creditore la successione e non me. — Parimenti la compensazione non si compirebbe tra quanto voi dovete a Pietro, e quanto Pietro deve a colui che vi à garentito rispetto a lui: chè il fidejussore non è *ab initio* propriamente debitore, non lo diviene e non trovasi obbligato al pagamento che quando il creditore viene a molestarlo, dopo aver escusso i beni e constatata l'insolvibilità del debitore principale. In tal caso il garante trovasi direttamente debitore, e quindi la compensazione si compie, purchè ben inteso esistano le altre condizioni (1). Così ancora il debito solidale essendo quello in cui devesi il totale, non già precisamente da ciascuno dei condebitori, ma sibbene da quello tra essi al quale piace al creditore di rivolgersi, ne segue che questo totale dovuto al creditore si compenserebbe con quanto il creditore dovesse al condebitore da lui citato, ma non già con quanto può dovere al condebitore, cui non domanda pagamento. Non parliamo ben inteso, che della compensazione del totale del debito; chè siccome ciascuno dei coobbligati pria di divenir debitore di questo totale per la domanda che gli dirige il creditore, è già *ab initio* debitore della sua porzione nel debito, la compensazione, in ragione di quanto gli deve il creditore, si compirebbe per tale parte pria di qualunque domanda di esso creditore. Il quale in conseguenza più non può molestare gli altri, che fatto il diffalco della parte di questo condebitore. — Se i varii coobbligati essendo ad un tempo debitore principale e fidejussore nel loro rapporti tra di essi, ma condebitori solidali rispetto al creditore, egli è aperto che sarebbero soggetti alle regole or ora indicate pel caso di debito solidale, in quanto alla compensazione, e non già a quelle che regolano il caso di fidejussione, poichè la compensazione si compie dall' obbligato al creditore, e non dall' obbligato al suo coobbligato (art. 1289-1290 e 1294).

2.° La seconda condizione richiesta per la compensazione legale, è che gli oggetti dei due debiti sieno esattamente fungibili tra loro, di tal che ciascuno dei due debitori abbia potuto adempire al pagamento della cosa che deve con la consegna (che avesse potuto fare subito dopo aver ricevuta la sua) della cosa che gli è dovuta.— Così, la compensazione non avrebbe luogo, quando, io vi debbo un ettaro di terra del tal cantone, e voi me ne dovete uno del tal comune di esso cantone; chè se io ben posso pagarvi consegnandovi ciò che voi mi dareste, voi non potete egualmente pagarmi mercè quanto io posso consegnarvi; io posso pagarvi con un ettaro preso in un comune diverso da quello in cui voi dovete prendere quello di cui mi siete debitore. I due oggetti dovuti non son dunque fungibili rispettivamente. — La compensazione neppure avrebbe luogo, se uno dei debiti fosse alternativo, poichè in tale obbligazione non si sa qual' è la cosa dovuta; sol quando la scelta fosse fatta, e l'obbligazione divenuta così pura e semplice, la compensazione diverrebbe possibile. Che se il debito fosse soltanto facoltativo, siccome in tal caso, non ostante la facoltà lasciata al debitore, il debito non ha che unico oggetto, sembra che la compensazione debba compiersi, se il debitore lasci trascorrere la scadenza, senza servirsi, nè dichiarare ch' egli intende servirsi, della facoltà di consegnare altra cosa che non sia l' oggetto dell' obbligazione (art. 1291-1292).

La regola che la compensazione ha luogo per le cose tra loro fungibili applicasi naturalmente ai debiti di denaro, poichè nulla è più fungibile del danaro (2). E la legge qui assimila ai debiti di danaro quelli di derrate, il cui prezzo è fissato dalle mercuriali, di tal che ogni derrata di cui sia siffattamente fermato il prezzo, reputandosi denaro, si compenserà, vuoi con danaro, vuoi con altre derrate parimenti segnate nelle mercuriali. La regola verrà in ispecie applicata nel caso di restituzione di frutti da farsi da un possessore evinto: questo possessore, il quale, giusta una regola speciale del Codice di procedura, è debitore dei frutti in natura per l'ultimo anno, è debitore soltanto del prezzo di tali frutti per le annate precedenti, vedrà compensato, (se trovasi creditore di una sufficiente somma sul vero proprietario) non solo il suo debito di denaro per gli anni anteriori, ma anche il suo debito di frutti per l' ultima annata, purchè tali frutti sieno annotati nelle mercuriali. Il solo caso in cui il debito di derrate annotate nelle mercuriali non sarebbe compensabile con un debito di danaro o di altre derrate, è quello in

(1) Una volta che la compensazione si è così operata tra il creditore ed il garante divenuto debitore diretto, è ben chiaro che questa compensazione libera verso il creditore il debitore principale stesso, poichè essa annulla il debito. Non è meno evidente che la compensazione che si compisse direttamente tra il creditore ed il debitor principale, libererebbe, pure il fidejussore, poichè cadendo il debito, il suo accessorio non potrebbe sussistere.

(2) Eccetto, ben inteso, nel caso rarissimo in cui fossero dovute ai quote monete, non già come valore ordinario, potendosi pagare con monete quali che sieno, ma come corpo certo da dovorsi consegnare in *ipso individuo*.

cui i due debiti provenissero da uno stesso contratto (una vendita o una permuta) che avesse avuto appunto per iscopo di procurare a ciascuna parte l' oggetto che le è dovuto invece di quello ch' essa dà ; gli è evidente poichè una compensazione altro non sarebbe che l' annullamento stesso della convenzione formale delle parti. (*ibid.*).

3. È mestieri , in terzo luogo , che i due debiti sieno liquidi , vale a dire che abbiano esistenza certa ed una quantità determinata: *cum certum sit an et quantum debeatur*. — Così la compensazione non avrebbe luogo , se uno dei debiti fosse contestato (purchè si trattasse di vera contestazione) , o se la esistenza dipendesse da una condizione , o se la cifra ne dipendesse da valutazione a farsi, o da un conto da acclararsi (*ibid.*).

4. È uopo finalmente che ciascuno dei due debiti sia attualmente esigibile vale a dire , tale, che il creditore possa immediatamente e con efficacia astringere il debitore al pagamento. Così la compensazione non avrà luogo per un debito a termine (1) , poichè esso non è pagabile attualmente ; nè pel capitale di una rendita , poichè il debitore non può essere astretto al rimborso , nè per un debito annullabile o prescritto , tutto che il debitore non abbia ancora opposta la prescrizione , o fatto pronunziare l' annullamento , perchè il debito è sottoposto ad una eccezione perentoria, che non permette di far che il debitore paghi suo malgrado , nè per un debito il cui oggetto è colpito da un sequestro nelle mani del debitore, poichè tal sequestro forma un legale impedimento al pagamento. Per un debito che era in pria a termine, la esigibilità risultando dalla decozione del debitore , o dalla diminuzione da lui apportata alle sicurezze del credito , rende il debito compensabile, a contare dacchè è pronunziato il decadimento del termine. In quanto all' esigibilità risultante dal fallimento essa è di natura particolare , e non dà luogo a compensazioni; la legge commerciale lo dichiara formalmente (*ibid.*).

CXVIII. — Niun' altra condizione , tranne le quattro testè indicate , si richiede per la compensazione legale ; aicchè è indifferente la diversità della causa dei due debiti. È lo stesso della ineguaglianza dell' ammontare di essi debiti , di cui il più piccolo si estinguerà per intero , ed il più forte sino alla concorrenza del primo. Poco monta altresì , che i due debiti sieno pagabili in luoghi differenti , salvo alla parte che avesse dovuto sopportare (in caso di pagamento reale) maggiori spese di rimessiva , a tener conto alla altra della differenza che intercede a favore di costei nel corso del cambio (art. 1290 , 1293 e 1296).

Sonovi non pertanto quattro eccezioni alla regola, che la compensazione si compie di pieno dritto pel concorso delle condizioni suindicate.

Sicchè la compensazione legale non avrà luogo:

1° Quando una delle obbligazioni à per oggetto la restituzione di una cosa , di cui il proprietario è stato illegalmente spossessato : richiedesi allora la restituzione effettiva di questa cosa, non ostante l' esistenza delle condizioni volute per operarne la compensazione, — 2° per la restituzione di una cosa che si fosse depositata con facoltà al depositario di renderne un' altra simile (2) — 3° pei debiti di cose insequestrabili — 4° finalmente pei debiti, alla compensazione dei quali le parti avessero anticipatamente rinunziato. La rinunzia a qualunque compensazione futura è in fatti possibile, poichè la compensazione legale non è stabilita che per motivi d' interessi puramente privato (art. 1293).

CXIX. — Se si può rinunziare ad una compensazione futura, a più forte ragione si può rinunziare al benefizio di una compensazione compiuta : e nei due casi la rinunzia può esser tacita. Or la legge scorge una rinunzia al benefizio acquisito della compensazione non solamente nel pagamento che fa il debitore del suo debito estinto per tal causa, ma eziandio nella sua accettazione pura e semplice della cessione che fa il creditore di tal debito. Ma quando à così rinunziato, il debitore non trovasi aver perciò il credito reciproco che primitivamente aveva , poichè questo credito si è estinto di pieno dritto con la compensazione ; egli acquista soltanto un credito uguale ma nuovo , e pel quale non potrebbe quindi esercitare i privilegii, le ipoteche o le fidejussioni che garentivano lo antico. Non pertanto la legge fa rivivere que-

(1) Non trattasi per tanto del semplice termine di grazia che , essendo accordato dal magistrato al debitore , senza che costui vi abbia dritto , ed a causa della impossibilità in cui è di pagare immediatamente , divien necessariamente senza valore , e non potrebbe invocarsi , allorchè il debitore può liberarsi senza fare un pagamento reale, senza sborsar nulla.

(2) In quanto al deposito regolare ed ordinario di una cosa da rendersi identicamente, egli è aperto che non può darsi luogo all' eccezione, poichè non è compreso nella regola. Difatti in questo caso di deposito regolare l' oggetto quale che sia (anche quando fosse denaro), è depositato come corpo certo ; e quindi non è suscettibile di compensazione, poichè questa non ha luogo che per le cose fungibili. — Per la stessa ragione, la compensazione legale non è possibile nel prestito ad uso, poichè questo prestito non può aver per oggetto che un corpo certo.

ste garenzie per favore a pro del nuovo credito, quando per una scusabile ignoranza del suo credito il debitore ha operato il pagamento o accettato la cessione. — Dalla regola che i due debiti sono estinti di pieno dritto con la compensazione, consegne sempre, che nel caso di cessione accettata puramente dal debitore, il cessionario non acquista il credito primitivo, ma sì bene un credito novello, risultante da che una persona si è costituita debitrice verso di lui con una accettazione fatta senza riserve, e per la quale mai non può esercitare le garenzie dell'antica. — Che se, invece di una accettazione pura e semplice della cessione, vi fosse stata soltanto intimazione al debitore, o un'accettazione fatta con riserva espressa, egli è aperto che il benefizio della compensazione sussisterebbe per intero, e che il cessionario non acquisterebbe alcun dritto contro il debitore ceduto.

Ci rimane a fare un'ultima osservazione su questa compensazione legale: ed è che il pagamento fittizio che la costituisce, operandosi nel silenzio delle parti ed anche senza la loro volontà, ne segue che, se una delle parti si trovasse aver verso l'altra più debiti compensabili, sarebbe mestieri applicar qui le regole, secondo le quali si fa l'imputazione del pagamento, quando nè il debitore nè il creditore si sono spiegati (art. 1295, 1297 e 1299).

CXX. — In quanto alla compensazione *facoltativo*, essa produce necessariamente lo stesso effetto della compensazione legale, vale a dire l'estinzione dei due debiti, principale ed accessorio; la sola differenza è che essa non si compie che con la volontà e sulla domanda di quello tra i debitori, in poter del quale si trova l'attuare quella delle condizioni che mancava per la compensazione. Così, p. es., quando voi mi dovete un corpo certo di tale specie, ed io vi debbo un individuo indeterminato di questa stessa specie (caso in cui la compensazione legale non ha luogo, perchè i due oggetti non sono fungibili) io son padrone di fare il pagamento effettivo del mio debito, esigendo il pagamento del vostro, o di opporvi al contrario la compensazione, dicendo che lo intendo pagarvi con l'oggetto che voi mi dovete (*addiz.* all'art. 1299).

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE.

CXXI. — La confusione considerata come causa di estinzione dell'obbligazione, è il concorso nella stessa persona di due qualità incompatibili, di cui una distrugge l'altra e rende impossibile il mantenimento dell'obbligazione.

Non diciamo, come d'ordinario si fa, *il concorso delle due qualità di creditore e di debitore*; chè così avviene soventi, ma non sempre, e la definizione sarebbe troppo ristretta. E di fermo, s'egli è evidente che il concorso delle qualità di creditore e di fidejussore estingue l'obbligazione accessoria della fidejussione (del pari il concorso delle qualità di creditore e di debitore estingue l'obbligazione principale), non è men evidente che quest'obbligazione del garante si estinguerebbe parimenti col concorso delle qualità di *fidejussore* e di *debitor principale*: chè s'egli è altrettanto impossibile il garentire il proprio credito, quanto il dovere a sè stesso, è ben impossibile del pari di essere il garante del proprio debito.

La confusione si opera, sia quando una delle due persone che avevano le due qualità incompatibili, succede all'altra, sia quando un terzo viene a succedere ad entrambe (art. 1300 e 1301, n. III.).

CXXII. — La determinazione degli effetti della confusione, nei differenti casi particolari, non potrebbe offrir difficoltà, poichè questi effetti non sono che il risultato della forza delle cose, e non si possono quindi ammettere come estinti per confusione che i soli dritti, il cui mantenimento trovasi davvero impossibile. Così quando la qualità di debitore per un quarto del debito si riunisce alla qualità di debitore per un altro quarto, egli è ben chiaro, che non vi sarà confusione; poichè le due qualità nulla hanno di incompatibile, e nulla rende impossibile che una persona debba essa sola i due quarti che dovevano le due persone da lei rappresentate. — Egli è del pari evidente, che se la persona nella quale concorrono due qualità incompatibili non rivesta una o ciascuna di queste qualità che per una frazione del debito, vi è confusione soltanto per questa frazione. Così quando un creditore non succede al debitore che per metà, egli è chiaro che il credito ed il debito non si estinguono che per questa metà, e il creditore conserva la sua azione per la seconda metà contro l'altro rappresentante del debitore (art. 1301, n. II).

La confusione può essere revocata, sia per l'annullamento della causa che l'aveva prodotta (per esempio, se un erede fa dichiarare nulla la sua accettazione per dolo o violenza) sia anche per semplice convenzione (p. es., con la vendita che questo erede facesse dei suoi dritti successivi). Nel primo caso la confusione trovasi non avvenuta assolutamente; e tutti i dritti estinti trovansi senza eccezione aver sempre esistito. Nel secondo

caso la confusione non si cancella che relativamente alle due parti contraenti; poichè la semplice volontà di queste parti non può far rivivere in pregiudizio dei terzi, i dritti di fidejussione, d' ipoteche o altri estinti a pro di questi terzi (art. 1301, n. IV).

SEZIONE VI.

DELLA SOPRAVVENIENZA DI UN AVVENIMENTO CHE RENDE IMPOSSIBILE L'ESECUZIONE.

CXXIII. — Non potendo alcuno essere tenuto a cosa che sia impossibile, qualunque obbligazione dunque si estinguerà, allorchè vi sarà impossibilità assoluta di eseguirla. Ed è così evidentemente pur nel caso in cui questa impossibilità provenisse dalla colpa o dal fatto del debitore: solamente, l'obbligazione si estingue allora, come pure quando il debitore si è gravato dei casi fortuiti, ma unicamente per dar luogo a un debito di danni e interessi. Se questa impossibilità, non è per nulla imputabile al debitore, questi è pienamente liberato verso il creditore (art.1231 6.° e 1302).

CXXIV. — Queste regole che per la forza delle cose dominano qualunque specie di obbligazione sono specialmente applicate dalla legge all' obbligazione di dare un corpo certo, cioè a dire un oggetto individualmente determinato.

Quando il corpo certo è stato distrutto, perduto o altrimenti messo fuori commercio, l' obbligazione si estingue, salvo i danni e interessi, se il risultato proviene dalla colpa o dal fatto del debitore, e senza danni e interessi nel caso contrario. Ben inteso spetta al debitore di giustificare l'avvenimento di forza maggiore che ha messo l' oggetto fuori commercio, ma spetta al creditore di stabilire sì fatta pretensione, s'egli pretende che questo avvenimento provenga dalla colpa o dal fatto del debitore. Sebbene la messa in mora del debitore, lo costituisce in colpa, nondimeno, siccome la colpa obbliga ai danni e interessi, sol quando arreca il pregiudizio, il debitore in mora non ne dovrà, se pruova che la cosa perita presso di lui sarebbe egualmente perita presso il creditore, ancorchè gliel'avesse consegnata all' epoca stabilita (art. 1302).

Avvi inoltre due casi ne' quali il debitore sarà tenuto dell' indennità, e dovrà il valore dell' oggetto, sebbene la perdita di esso provenga da un caso fortuito che non gli è per nulla imputabile. In primo, e come già si è detto più sopra, quando il debitore, con una convenzione particolare, à preso a suo carico l' effetto de' casi fortuiti. In secondo luogo, quando si tratta dell' obbligazione che à un ladro di restituire la cosa, da lui rubata. Sicchè non solamente questo ladro dovrà l'indennità in virtù da' casi fortuiti ordinari, per la ragione che il suo possesso stesso é una colpa, e ch' egli è sempre in mora per restituire; ma la dovrà pure, quando si tratterà di un caso fortuito che avrebbe distrutta la cosa presso il proprietario stesso. Non è infatti contro l' equità che il ladro il quale, per arricchirsi a detrimento del proprietario, fa correre a costui l' eventualità di mai più non riavere il suo oggetto, subisca anche egli quella di perderne il prezzo per arricchirne questo proprietario; e il ladro non ha certamente a dolersi di essere messo dal suo delitto sulla stessa linea del debitore che si è gravato de' casi fortuiti con una clausola speciale (*ibid*).

CXXV. — Ciò che si è detto potrebbesi egualmente applicare, come ben si comprende, al caso di una cosa non determinata individualmente, ma compresa in un numero o in una quantità determinata di cose, che vengono a perire o perdersi tutte; per esempio, quando voi mi dovete uno dei vostri quattro cavalli stomi i quali muojono tutti quattro; o un moggio di terra da prendersi in tal campo che vi vien tolto dallo Stato per istabilirvi una strada. — Avvi soltanto questa differenza fra tale caso, e quello della cosa determinata *in ipso individuo*, che avendo il debitore di questa acquistata proprietà prima di ogni tradizione, giusta il nuovo principio del Codice, appartengono a lui le azioni di indennità o altre che la perdita della cosa abbia potuto far nascere; mentre che nel nostro caso essendo il debitore rimasto proprietario fino all'ultimo, a lui si appartengono le azioni, e il creditore non può esercitarle che dopo averne ricevuta la concessione. Il debitore inoltre è obbligato di fare questa cessione, di cui non può parlarsi, in casi di corpi certi, vigenti il Codice civile (1).

In tutti gli altri casi di cose indeterminate cioè a dire determinate solo pel genere al quale esse appartengono, è chiaro che non vi è possibile estinzione dall'obbligazione con la perdita della cosa: *genera non pereunt.* (art. 1302, 1303).

(1) Per inavvertenza i redattori hanno scritto l' art. 1303. La sua regola era nel Pothier, ma oggidì più non presenta che un controsenso dopo il nuovo principio del' art. 1138.

SEZIONE VII.

Dell' annullamento o rescissione delle obbligazioni.

CXXVI. — La settima ed ultima causa di estinzione che dovevamo qui studiare (trovandosi le tre altre spiegate altrove, come si è veduto in principio di questo cap. IV), è l' annullamento dell' obbligazione. Diciamo *annullamento* e non la *nullità*, perchè quest'ultima espressione, che in verità è quella di cui la legge si serve, presenta due idee molto diverse che fa d' uopo guardarsi bene dal confondere, e di cui una, precisamente la più esatta, non potrebbe essere l' oggetto di questa sezione.

La nullità propriamente detta è il caso di una pretesa obbligazione, di cui l' esistenza legale è puramente apparente e nulla ha di reale; è il caso di una obbligazione la quale, benchè si creda e si pretenda esistere, non esiste pertanto, perchè una circostanza qualunque (per esempio la mancanza di consenso di una parte, o il manco di causa o o l' oggetto leciti) si è opposta proprio alla sua formazione. La nullità impropriamente detta al contrario, o semplice *annullabilità*, e il caso di una obbligazione che si è formata (aebbene in un modo irregolare) che ha legalmente una esistenza (viziosa è vero) e che continua a sussistere e produrre i suoi effetti, finchè la sentenza del giudice, sulla domanda della parte interessata, non sia venuta a scinderla, romperla o annientarla.

Ora, poichè trattasi di una delle cause di *estinzione* delle obbligazioni, egli è ben chiaro che non può esservi dubbio sulla vera nullità, poichè non si potrebbe vedere estinguere una obbligazione che non esiste; e si può ben constatare e proclamare, che il nulla è il nulla, ma non potrebbesi *annientare* il nulla. Non trattasi qui dunque che delle obbligazioni viziose, ma esistenti (*Osser prel.* dall' art. 1304).

CXXVII. — Sappiamo dalle spiegazioni già date al capitolo I di questo riassunto, che le principali cagioni di annullamento delle obbligazioni sono: 1° il consenso viziato presso l' una delle parti *col dolo* dell' altra, o coll' *errore*, e *la violenza*: 2° l' *incapacità* dell' interdetto che avesse agito da sè, o della donna maritata che avesse contrattato senza l' autorizzazione necessaria; 3° infine la *lesione* sol minore non emancipato in qualunque atto egli avesse consentito da sè solo, invece di lasciarlo fare dal suo rappresentante; pel minore emancipato negli atti ne' quali l' assistenza del curatore era necessaria, e non ha avuto luogo; poi pel maggiore stesso quando in una divisione egli fosse stato leso di più di un quarto, o che vendendo un immobile lo fosse stato di più di sette dodicesimi.

Sicchè la minorità, siccome più sopra si è detto, punto non è un caso *d' incapacità*, tutto che soventi le si applichi siffatta inesatta qualifica, essa è soltanto una causa di rescissione *per lesione*; il minore, a differenza dell' interdetto e della donna maritata, non è affatto incapace di contrattare, non può far annullare che provando un pregiudizio, e tutto che il nostro minore più non sia quel che era il minore dei Romani (1) è sempre vero dire: *non tamquam minor*: *sed tamquam laesus restituitur*. (art. 1305).

Questo dritto del minore di far annullare per lesione provata (e purchè ben inteso, siffatta lesione risulti dall' atto stesso, non provenga da un accidente posteriore) esisterebbe anche quando questo minore si fosse già detto maggiore, perchè il contraente non è scusabile di essersene rapportato ad una semplice dichiarazione (art. 1306, 1307).

CXXVIII. — Ma sarebbe altrimenti, se il minore avesse ingannato l' altra parte sulla sua età, mercè mezzi fraudolenti (*ibid.*), ch' egli non è restituibile per le azioni prodotte dai suoi delitti o quasi-delitti (art. 1310).

Arrogi, ch' egli non è più restituibile di quel che lo fosse un maggiore: 1° per gli atti regolarmente compiti dal suo rappresentante legale, per importanti che possano essere, 2.° per quelli fatti da sè stesso, a causa del commercio, all' esercizio del quale era debitamente autorizzato; e 3° per le convenzioni che sottoscrive nel suo contratto di matrimonio con l' assistenza di coloro il cui consenso gli è necessario per ammogliarsi. In questi tre casi si cancella la minorità, e l' atto reputasi fatto da un maggiore (art. 1305, 1309 e 1314).

Del resto perchè possa pronunziarsi l' annullamento nei casi indicati al n° precedente è mestieri: 1. che sia domandato da quello tra' contraenti, il cui consenso è stato viziato, o che era incapace, o che si è trovato leso (non potrebbe giammai esserlo dall' altro); 2. che sia domandato pria di qualunque ratifica e pria di spirare il termine impartito dalla legge.

CXXIX. — *Della ratifica.* Ratificare o confermare un obbligazione si è cancellare il vizio da cui era colpita, rinunziando d' invocare la causa di annullamento che potevasi far valere

(1) Si sa che a Roma non si diveniva minore che dopo aver cessato di essere *pupillus*; mentre che appo noi il pupillo è un minore.

contro di essa. Ogni ratifica è dunque impossibile per una obbligazione propriamente nulla. Si può senza dubbio creare una nuova obbligazione ed efficace, per sostituirla a quella che non aveva che un' esistenza apparente, ma non si può validare quest' ultima; chè il nulla non può nè confermarsi, nè distruggersi: *quod nullum est confirmari nequit*. Questa verità sconosciuta da parecchi comentatori (e che applicasi segnatamente alle obbligazioni su causa illecita) è stata nettamente espressa dagli autori del Codice e trovasi consacrata dalla giurisprudenza (art. 1304, 1338).

La ratifica è espressa o tacita, secondo che risulta dalla formale dichiarazione del debitore, o da qualche circostanza che, senza dichiarazione a tal riguardo, manifesti la volontà di tale debitore di validare la sua obbligazione: la circostanza più significativa è evidentemente l' esecuzione stessa dell' obbligazione, purchè sia fatta con cognizione del vizio di tale obbligazione e con l'intenzione di ripararlo. È uopo inoltre beninteso, che la conferma, vuoi espressa, vuoi tacita, intervenga in un'epoca e con circostanze nelle quali il debitore avesse potuto formare un' obbligazione pienamente valida, poichè senza di ciò questa stessa conferma non avrebbe validità. Del resto non presentando la conferma che dal canto di una delle parti un complemento di volontà che viene ad aggiungersi alla volontà legalmente sufficiente dell' altra parte, questa non à bisogno di concorrervi: è un atto che nulla ha di convenzionale, e che sol può compiere il debitore che poteva criticare la sua obbligazione (art. 1330).

CXXX. — L'effetto della ratifica rimonta naturalmente al momento stesso in cui si è formata l'obbligazione ratificata più tardi; ciò è evidente, poichè da un lato l' obbligazione annullabile aveva già la sua efficacia, e poteva soltanto perderla per effetto di un vizio che la ratifica fa disparire. Ma la legge si oppone espressamente a questo effetto retroattivo, in ciò che dovesse nuocere ai dritti reali che dei terzi avessero acquistati nell' intervallo dalla origine dell' obbligazione alla sua ratifica (art. 1338).

Per ciò che riguarda la pruova della ratifica, essa è sottoposta alle regole generali che saranno spiegate nel seguente capitolo, salvo un punto sul quale la legge è qui più rigorosa. Quando si tratta di constatare *per iscritto* la ratifica di una obbligazione annullabile, l'atto deve presentare la sostanza di questa obbligazione, l' indicazione della causa, o di ciascuna delle cause per le quali potevasi farla annullare, e la dichiarazione formale della volontà del debitore di fare cancellare questa cagione di annullamento. La legge vuole che la ratifica si faccia con piena conoscenza di causa; e perchè non vi sia dubbio alcuno a tal riguardo essa esige nell' atto l' espressione precisissima di tutte le circostanze (*ibid.*).

CXXXI. — Sebbene tutto quel che concerne l' obbligazione sia estraneo a questa sezione, poichè legalmente questa obbligazione è inesistente, e la nostra sezione si occupa solo di quelle esistenti e annullabili, pur tuttavolta per occasione, o per completare il riassunto delle regole della ratifica, noi dobbiamo aggiungere qui qualche osservazione sulla obbligazione naturale.

Non perchè la ratifica è impossibile per la obbligazione inesistente, fa mestieri conchiuderne, ch'essa sarebbe senza effetto per una obbligazione naturale... Abbiamo veduto al n.° XXXIX che l'obbligazione naturale è quella che la legge civile respinge dapprima, e sanzione poi perchè un fatto emanato dal debitore viene a provare il valore effettivo dell'obbligazione, che credevasi nullo: ora quale circostanza potrebbe dare una prova più energica di tal valore che la ratifica del debitore? Senza dubbio, non vi sarà in questo conferma nel senso ordinario, poichè non vi sarà validazione di un' obbligazione esistente già legalmente; ma, infine, le cause che confermerebbero l' obbligazione annullabile, vivificheranno e renderanno civilmente valida l'obbligazione naturale. (art. 1338).

Abbiamo egualmente veduto allo stesso n. *in fine*, che se l'obbligazione naturale può trovarsi nell' obbligazione a cui la legge rifiutava l' efficacia civile, perchè la riguardava, per errore, come nulla agli occhi della coscienza, essa non potrebbe vedersi nell' obbligazione che la legge colpisce di un positivo divieto. Ciò stabilito, siccome la legge (che in generale vede le donazioni con occhio sfavorevole) proscrive severamente qualunque attribuzione gratuita di beni, altrimenti fatta, che impiegando le forme rigorose da noi indicate, ne segue che una donazione (sia tra vivi, sia testamentaria) la quale non è fatta secondo queste forme trovasi essere un atto proscritto dal legislatore, e che non potrebbe quindi costituire un' obbligazione naturale per parte del donante, che ha contravvenuto al divieto. Al contrario, siccome nessuna infrazione alla legge può essere rimproverata agli eredi di questo donante, l' atto può benissimo contenere per essi, secondo i casi, una obbligazione naturale. Segue da ciò che una donazione nulla per manco di forme, non può mai essere ratificata, nè espressamente nè tacitamente, dal donante (il quale non ha altra risorsa che di fare una nuova e regolare donazione), ma che può, al contrario, vivificarsi e divenir civil-

mente efficace con la ratifica espressa o tacita che facessero, dopo la morte del donante, i successori di questo (art. 1339 1340).

Dopo queste osservazioni, ritorniamo alla nostra materia dell'annullamento delle obbligazioni.

CXXXII. — *Termine dell'azione per annullamento.* La legge doveva naturalmente scorgere nel prolungato silenzio di colui che poteva far annullare la sua obbligazione, una tacita ratifica di tale obbligazione: del resto e tranne anche questa idea, ogni azione tendente a turbare un ordine di cose stabilito, deve per la tranquillità pubblica ed in vista dell'interesse sociale estinguersi dopo un dato termine. L'azione per annullamento è dunque limitata ad un termine, spirato il quale essa svanisce. Questo termine è più o meno lungo a seconda dei casi; e p. es. non è che di soli due anni (art. 1676) pel maggiore che si è leso per più di 7/12, vendendo un immobile; ma tutte le volte che un termine minore di dieci anni non è stato così fissato da una regola particolare, e segnatamente nei tre casi di sopra indicati: 1.° del vizio di consenso (per violenza, errore o dolo), 2.° d'incapacità (vista lo stato di donna maritata o d'interdetto); o 3.° di lesione di un minore che ha agito irregolarmente, gli è soltanto con questo termine di dieci anni che prescrivesi l'azione (art. 1304).

I dieci anni non decorrono ben inteso nel primo caso che dal giorno della cessazione della violenza o della scoverta dell'errore o del dolo; nel secondo dal giorno dello scioglimento del matrimonio, o da quello in cui si è tolta l'interdizione; e nel terzo dal giorno della maggiorità. E la giurisprudenza nel silenzio della legge a tal riguardo ammette (con ragione, poichè i principii, debbono applicarsi dovunque una eccezione non li faccia cessare) che questa presunzione è soggetta, come tutte le altre, alle cause generali di sospensione che verranno a loro luogo indicate (*ibid.*).

CXXXIII. — *Effetto dell'annullamento.* L'effetto dell'annullamento pronunziato dal giudice è di annullare l'atto, o di rimettere per conseguenza le cose nello stato in cui si trovavano pria del compimento di tale atto. L'annullamento pone dunque le parti, per massima, nella necessità di restituirsi reciprocamente tutto quel che àn potuto ricevere in esecuzione dell'atto annullato. — Ma questa regola riceve eccezione pei minori, gl'interdetti e le donne maritate, che non sono tenuti di restituire quanto ànno ricevuto che nei limiti nei quali il loro avvenuto sarìo prova che essi ne ànno davvero profittato (art. 1312).

CAPITOLO V.

DELLA PRUOVA.

CXXXIV. — Pria di occuparci dei differenti mezzi di pruova autorizzati dal Codice, fermiamo una regola che non sempre è ben capita, e che è non pertanto della più alta importanza. Tutte le volte che vi è luogo a fare una pruova, vale a dire tutte le volte che un'allegazione è contestata fra due parti, la necessità di provarla ricade sulla parte che fa tale allegazione.

Si dice soventi che la necessità di far pruova incumbe all'attore e non al convenuto; ovvero a colui che afferma, non già a colui che nega: *probatio incumbit actori*; *ei qui dicit, non ei qui negat*; ma queste due massime che divengono vere, quando vanno intese in un certo senso, e mettendole di accordo con la regola suindicata, sono false quando sono prese alla lettera. Ed in prima la massima ACTORI *incumbit probatio* non è vera che quando intendesi per *actor*, non già colui che introduce l'azione, ma la parte (attrice o convenuta) che suscita contro l'altra un'allegazione, quando la si applica tanto al convenuto che agisce (*agens*) per la giustifica della sua difesa, quanto all'attore che si occupa di stabilire la sua domanda, e che si colloca, a canto di questa regola, la regola dichiarativa *reus excipiendo fit actor*. Del pari, se si vuole che la seconda massima sia vera, è uopo intendere *is qui dicit* di ogni litigante, che allega una proposizione (sia affermando quel che pare non essere, sia *negando* quel che sembrava essere; e *is qui negat*, di colui che (vuoi con una negazione, vuoi con una affermazione), contraddice, nega questa nuova proposizione, o si contenta di respingerla per tenersi nello *statu quo*. Sicchè a dir breve è uopo che qualunque allegazione, tendente a modificare lo stato attuale delle cose, sia provata da colui che l'allega, senza che siavi a distinguere, se venga dall'attore o dal convenuto, nè se consista in un'affermazione o in una negazione (art. 1315).

Così, quando lo scritto che consacra l'obbligo assunto da una persona, punto non indica la causa di tale obbligazione, spetta a colui che con lo scritto si è riconosciuto obbligato, e che poscia pretende non esserlo, sostenendo che la sua apparente obbligazione punto non esiste per manco di causa, di provare che in fatti non esiste alcuna causa; e non già a colui che lo scritto presenta come creditore di provare che la causa esista. Così decide e a ragione la giurispru-

denza; che nel domandare l'esecuzione di un'obbligazione, che lo scritto del mio avversario dichiara esistere, io non fo che seguir l'ordine naturale delle cose; mentre che questo avversario vuol abbattere quanto esiste, allorchè ei sostiene che, tutto che siasi detto mio obbligato, ei punto non lo è; e che l'atto da lui sottoscritto debba lacerarsi (*ibid.*).

CXXXV. — Il Codice indica cinque mezzi di pruova, vale a dire: lo scritto, la pruova testimoniale, la presunzione, la confessione, e il giuramento; il che dà luogo ad una divisione della materia in cinque sezioni (art. 1316).

Vero è che questa divisione è ben lungi dall'offrire una classificazione logica. Esatta e naturale in quanto alle parole, essa trovasi inesattissima in quanto alle cose. Così l'uno de' cinque mezzi indicati, la Presunzione, si suddivide in tre classi, e anche in quattro (*Presunzione di dritto assoluto d'ordine pubblico, — Presunzione assoluta d'interesse privato, — Presunzione di dritto semplice, — Presunzione di fatto*) le quali, sebbene riunite sotto una sola denominazione generica, presentano nondimeno effetti profondamente diversi, tanto che quattro altri mezzi di pruova vengono a collocarsi negli intervalli che separano queste quattro classi. Lo stesso è del giuramento, i due rami del quale (*giuramento decisorio — giuramento suppletorio*) sono sì lungi dal somigliarsi, o solamente avvicinarsi, che l'uno presenta una pruova invincibile e pienamente irrevocabile, mentre l'altro non pruova nemmeno fino a pruova contraria, e non offre che il complemento di una pruova già cominciata, senza poter mai divenire da sè solo un elemento di decisione: il giuramento decisorio, ed il giuramento suppletorio trovansi precisamente ai due estremi della scala delle pruove.

I mezzi di pruova indicati in modo completo e classificati secondo la loro maggiore o minore energia presentano dieci categorie di cui ecco l'ordine.

1.° Il giuramento decisorio (*che non ammette mai la pruova contraria*); — 2.° la presunzione di dritto assoluto di ordine pubblico (*idem*); — 3° la confessione giudiziaria (*che non l'ammette che in un sol caso*; 4.° Le altre presunzioni assolute (*non l'ammettono in più casi*); 5.° la presunzione di dritto semplice (*che l'ammette sempre*); 6. la pruova letterale (*idem*); — 7.° la confessione stragiudiziale (*idem*); — 8° la pruova testimoniale (*idem*, e che non è per altro permessa che in taluni casi); — 9. la presunzione di fatto (*idem*, *idem*); 10 finalmente il giuramento suppletorio) *che non è una pruova, ma soltanto il compimento di una pruova già cominciata*).

Come ben si scorge la divisione delle pruove in cinque parti, qual'è presentata dal Codice, è ben lungi dall'essere logica. Non pertanto siccome essa può, mercè queste osservazioni, seguirsi senza pericolo, ed al contrario non si potrebbe abbandonarla, secondo noi, senza rendere molto più difficile l'intelligenza della materia, sarà essa da noi adottata, salvo a rivenire ancora e con alquanto maggiore sviluppo alla fine del capitolo sulle idee testè indicate, e che fa mestieri aver cura di non perdere di vista.

SEZIONE I.

DELLA PRUOVA LETTERALE.

CXXXVI. — La pruova letterale o per iscritto è quella che risulta sia dalla scrittura propriamente detta, sia dalle *tacche* che formano anch'esse una specie di scrittura. Dobbiamo qui occuparci 1. dell'atto autentico e delle controscritture con le quali lo si può modificare; 2. dell'atto privato; 3. delle tacche; 4. delle copie di titoli; 5. degli atti di ricognizione.

§ 1.

Dell' atto autentico e delle controscritture.

CXXXVII. — *Dell' atto autentico.* In generale tutti gli atti che emanano da uffiziali pubblici i quali agiscono nel regolare esercizio delle loro funzioni, sono atti autentici; ma la legge qui non si occupa che dell'atto autentico avente per iscopo di far pruova delle convenzioni, vale a dire dell'atto notarile.

Perchè l'atto produca l'effetto annesso a questo carattere di autenticità, richieggonsi quattro condizioni. È mestieri 1. che colui che riceve l'atto sia pubblico ufiziale; 2. che questo ufiziale pubblico sia capace d'istrumentare; 3. che sia competente, vale a dire che l'atto sia della natura di quelli che à missione di stipulare, che sia ricevuto nel luogo in cui il funzionario à il dritto d'istrumentare, e che non concerna le persone a cui gli è vietato di prestare il suo ministero; 4. finalmente che l'atto sia rivestito di tutte le forme volute dalla legge. (art. 1317).

CXXXVIII. — Quando l'atto emani da un ufiziale pubblico, ma siavi stata incompetenza, incapacità o manco delle forme volute, la legge viene in soccorso delle parti ed accorda a quest'atto il valore degli scritti sotto forma privata, purchè sia sotto-

scritto dalle parti, è allora un atto autentico irregolare, da non valere che come scritto privato; e per conseguenza non gli si potrebbe applicare nè la formalità dei doppii, nè quella del *bono* o *approvato*, che più tardi vedremo richiedersi per gli atti sotto forma privata. Non dovrà neppure porsi mente a che non siasi ricevuto che in brevetto, nel caso in cui doveva serbarsene ricevuta, chè la redazione in minuta è precisamente una delle *forme*, di cui la legge non punisce l'inosservanza che riducendo l'atto al valore di uno scritto sotto forma privata, a condizione della sottoscrizione delle parti. Ma questa condizione è indispensabile, e l'atto non avrebbe questo valore, se ciascuna delle parti, o una di esse avesse dichiarato non sapere o non poter sottoscrivere. Del resto va da sè che la sottoscrizione richiesta non è quella di tutte le persone che abbian potuto figurare nell'atto, ma soltanto quella delle parti tra le quali quest' atto è destinato a far pruova. (art. 1318).

Se si trattasse di una convenzione che offre da un lato una parte che ha sottoscritto, e dall'altro più parti cointeressate, di cui una o qualcuna soltanto avessero dato la loro sottoscrizione, l'atto sarebbe senz'alcun valore a fronte di tutti i sottoscrittori. In tal caso infatti, i consensi dati dalle parti che àn sottoscritto non lo erano che sotto la condizione che le parti che non avean sottoscritto si obbligassero a loro volta, e non avverandosi questa condizione, il progetto non si è eseguito e tutto è rimasto nel nulla (*ibid.*).

CXXXIX. — Per entrare nella mente della legge che dichiara validi come atti sotto forma privata, sotto le condizioni suindicate, gli atti autentici che trovansi viziosi per incompetenza, incapacità o manco di forme, è uopo decidere che l'atto ricevuto da un notaio destituito o sostituito, doveva rientrare nella nostra regola, se le parti àn potuto e dovuto credere, che colui al quale si dirigevano era ancora notaio, tutto che la destituzione e la sostituzione non sieno semplicemente casi d'incompetenza e d'incapacità (art. 1318).

Reciprocamente, tutto che sia un caso di incompetenza quello in cui un notaio à ricevuto un atto, che niun notajo poteva stipulare, non pertanto l'atto non avrebbe allora alcun valore, perchè l'incompetenza di cui parla la legge è unicamente quella del notaio che riceve l'atto che doveva esser ricevuto da altro notajo. In fine, sebbene il manco della sottoscrizione dal notaio costituisca un difetto di forma, egli è certo che un atto in cui questa sottoscrizione mancasse, non potrebbe neppur valere come atto sotto forma privata, perchè la scrittura non sottoscritta dal notaio non à neppure l'apparenza di un atto autentico, e la legge viene in soccorso sol dell'atto che le parti han dovuto credere autentico (*ibid.*).

CXL. — L'atto autentico fa piena fede, vale a dire pruova completa e fino alla iscrizione in falso, delle convenzioni e dei fatti che consacra, purchè trattisi di cose che il notaio à potuto e dovuto constatare. È uopo in pria che abbia potuto constatarle, vale a dire che ne à acquistato la certezza *propriis sensibus*; e se si pretendesse soltanto che la dichiarazione che gli si è fatta e che egli ha constatata sia menzognera, o che le convenzioni innanzi a lui stabilite e da lui menzionate sieno fraudolenti, non sarebbe necessario d'iscriversi in falso, poichè la veracità del notaio non sarebbe messa in dubbio. È mestieri in secondo luogo, che si tratti di cose ch'abbia missione di constatare, e per conseguenza, se un notajo avesse dichiarato sano di mente un tutore o un donante, l'inscrizione in falso non sarebbe necessaria per provare che il disponente non godeva di tutta la sua ragione; poichè un notajo punto non ha la missione di constatare autenticamente lo stato sanitario delle persone (art. 1319).

CXLI. — L'atto autentico fa assolutamente pruova, ed a fronte di qualsiasi persona de' fatti e convenzioni ch'esso riporta, fino all'inscrizione in falso. In quanto alla forza probante, non v'è da fare differenza alcuna, sia tra i contraenti ed i terzi, sia fra le *disposizioni* dell'atto e le sue *enunciazioni* (veggasi il n° seguente). Tutte le parti dell'atto antentico, quali che sieno, fan fede piena ed intera a fronte di tutti fino all'inscrizione in falso.

Ma se la fede, dovuta agli atti, è una per tutte, non potrebbe essere lo stesso dell'effetto che questi atti producono, cioè a dire dei dritti o delle obbligazioni, che il fatto o le convenzioni constatate faranno nascere. Dell'effetto a darsi all'atto, e non della credenza che gli si deve, ha inteso parlare la legge, quando dice che l'atto autentico *fa piena fede* della convenzione che racchiude fra le parti contraenti, e loro eredi o aventi causa, essa non intende fare che l'applicazione della regola: *res inter alios acta, alios nec nocet nec prodest*. In fatti, è chiaro che un atto notarile, come ogni altra convenzione quale che sia, non può produrre effetto che fra le parti o loro rappresentanti, ma non è meno evidente, che il carattere di autenticità impresso ad un atto, è lo stesso tanto pei ter-

zi che per le parti che vi han figurato. Ciò prova bene, inoltre, che la legge intende parlare dell'effetto annesso all'atto autentico, perchè essa aggiunge, che questo effetto, cioè a dire l'esecuzione dell'atto, deve, o può, secondo i casi, essere sospesa dalla procedura di falso. Questa distinzione tra la fede dovuta all'atto; e gli effetti ch'esso deve produrre, tra la sua forza probante, e la sua forza efficiente, era stata presentata con ammirabile chiarezza dal nostro celebre Dumoulin, e per non averla compresa, il Pothier è caduto nell'inesatto linguaggio riprodotto dal Codice (art. 1319 1320).

CXLII.—In un atto si distinguono le *disposizioni* e le *enunciazioni*. *Disposizioni*, o *dispositivo* ch'amasi la parte che esprime il vero oggetto dell'atto, e i suoi essenziali elementi; le *enunciazioni* al contrario sono le indicazioni puramente accessorie:fra queste enunciazioni la legge distingue quelle che hanno un rapporto diretto e prossimo col dispositivo,e quelle che avendo un rapporto molto lontano, trovansi realmente estranee allo scopo proposto. Le enunciazioni producono fra le parti e i loro rappresentanti lo stesso effetto delle disposizioni stesse, quando sono in rapporto con queste, ed al contrario costituiscono solo un principio di pruova per iscritto, quando sono estranee alla disposizione. In fatti queste ultime enunciazioni non sono tali da attirare l'attenzione della parte interessata a impugnarle allo stesso grado di quelle che hanno un rapporto diretto con la disposizione.

Ma se l'enunciazioni hanno un effetto più o meno esteso fra le parti, esse non ne hanno alcuno a riguardo dei terzi. Il Codice su tal rapporto non ha consacrato l'antica giurisprudenza, secondo la quale le enunciazioni degli atti antentici formavano principio di pruova contro i terzi. Non v'ha neppur più luogo all'applicazione dell'antica massima: già abbandonata dal Pothier, e che altro non era che una frase vuota di senso: *in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*, (art. 1320).

CXLIII. — *Delle controscritture*. Intendesi per controscrittura *lato sensu* ogni atto che ne modifica un altro. Ma qui la parola *contro-scrittura* ha un senso più ristretto; essa significa un atto destinato a restar *segreto* e che modifica le disposizioni di un atto *ostensibile*. A fronte delle due posizioni contrarie, cho fannosi così le parti, posizioni di cui l'una è vera, ma ignorata, l'altra falsa, ma conosciuta, la legge dichiara e con ragione, che a riguardo dei terzi l'apparenza prevarrà sulla realtà; che gli effetti dell'atto ostensibilo potranno sempre invocarsi da questi terzi, come se la contro-scrittura non esistesse: e che questa contro-scrittura (la quale produrrà il suo effetto tra le parti, finchè dei terzi non vi saranno interessati) non potrà mai esser loro opposta (art. 1321).

Del resto, è mestieri ben comprendere il significato che la legge dà qui alla parola *terzi*. Non si tratta dei *penitus extranei*. Una regola speciale, dichiarante le contro scritture senza effetto per essi, sarebbe stata completamente inutile, poichè gli stessi atti antentici non potrebbero colpirli.La ragione dice abbastanza che i terzi,contro i quali le contro-scritture non possono avere effetto, sono quelli che hanno bisogno di essere protetti contro l'effetto dello contro-scritture. Or coloro che han bisogno di essere così protetti sono precisamente gli aventi causa delle parti, non gli aventi causa a titolo universale, che son tenuti di tutte le obbligazioni dei loro autori, ma gli aventi causa a titolo particolare agli occhi dei quali l'atto ostensibile era una verità sul cui han dovuto contare. Beninteso s'egli è così, quando la realtà, è constatata da una contro-scrittura, a più forte ragione debbe essere lo stesso, quando questa realtà, mascherata da un atto ostensibile, risulterà dalla semplice corrispondenza delle parti, poichè questa corrispondenza è anche più segreta di un atto (*ibid.*).

CXLIV.—Inoltre, a riguardo dei terzi che sono qui gli aventi causa delle parti, la contro-scrittura non è pienamente non avvenuta; essa è inefficace soltanto in quanto dovesso lor nuocere, e se dovesse lor profittare, questi aventi causa potrebbero benissimo invocarla. Ma non lo potrebbero, dopo quanto si è detto, che contro colui che si è obbligato con la contro scrittura, o contro i suoi successori a titolo universale, e non già contro i suoi aventi causa a titolo particolare.

Il Codice civile avendo posto indistintamente tutte le contro-scritture sulla stessa linea, non è a dubitare che abbia abrogato l'art. 40 della legge del 22 frimaio, anno VIII, il quale pronunziava la nullità di qualunque contro-scrittura avente per iscopo di aumentare il prezzo di vendita indicato nell'atto ostensibile.La discussione nel Consiglio di Stato prova chiaramente che questa disposizione contraria all'equità è stata abrogata.

Terminando, osserviamo che nulla v'ha di comune fra le contro-scritture e le dichiarazioni di missione, le quali non contengono niuna modificazione segreta di un atto ostensibile, e se il più delle volte l'atto modificato dalla contro-scrittura è un atto notari-

el, potrebbe altresì essere benissimo un atto privato (*ibid*).

§ 2.

Delle scritture private.

Gli scritti privati sono il più delle volte atti sotto forma privata; ma àvvi eziandio delle scritture alle quali la legge attribuisce una certa forza probante, tutto che sieno sfornite di ogni sottoscrizione. Dobbiam parlare delle une e delle altre.

1.° Degli atti sotto forma privata.

CXLV. — L'atto sotto forma privata produce lo stesso effetto dell'atto autentico, quando vien riconosciuto o si reputa riconosciuto da colui al quale lo si oppone: e tale effetto si applica a coloro che l'anno sottoscritto, ai loro eredi ed aventi causa. Esso ha eziandio la stessa forza probante, anche riguardo ai terzi, salvo quanto concerne la data, siccome vedremo al n. CL (art. 1322).

L'atto sotto forma privata non ha il suo valore, se non quando è riconosciuto emanare da colui al quale lo si attribuisce, ed evvi qui, tra il preteso autore dell'atto ed il suo avente causa, questa differenza, che il preteso autore non può sospenderne l'effetto che dichiarando non esser sua la sottoscrizione o il carattere, mentre che basta all'avente causa di dire che non sa se la scrittura o la sottoscrizione sia quella della persona alla quale la si attribuisce. Allora quando la persona disconosce la sua sottoscrizione o il suo carattere, ovvero gli eredi o gli aventi causa dichiarano di non conoscerli, ne è ordinata la verificazione in giudizio. Ma più non è necessario, come altra volta, che colui che vuol servirsi dell'atto sotto forma privata conchiuda pria del riconoscimento, o della verificazione in caso di disconoscimento: egli può benissimo citar direttamente per l'esecuzione dell'atto, salvo al convenuto a rispondere con un disconoscimento. In tal caso evvi luogo alla verificazione, le cui regole sono tracciate dal Codice di procedura (art. 1323-1324).

CXLVI. — *Necessità dei doppii.* Il nostro Codice non à riprodotto la regola, assurda quanto immorale, introdotta nel 1736 nella giurisprudenza del Parlamento di Parigi, la quale ammetteva, in massima, che tutte le convenzioni sinallammatiche erano nulle, sempre e senza eccezione, alloraquando non si fossero redatte in tanti originali per quante vi eran parti aventi un interesse opposto, e di cui ciascuno portasse la menzione del numero di tali originali. Vero è che anche oggidì la legge dichiara, che gli atti sotto forma privata, contenenti convenzioni sinallammatiche, non sono validi che in quanto siensi stipulati in altrettanti originali, per quante sono le parti aventi un interesse distinto, e che ciascun originale debba contenere la menzione del numero degli originali che se ne son fatti; ma il nostro Codice non dichiara inefficace la *convenzione* pel manco di doppio o della menzione di doppii, ma soltanto gli atti soltanto, gli scritti che racchiudono la convenzione e che dovevano farne la pruova.

Il manco dei doppii o della menzione dei doppii più non è dunque oggidì che una quistione di pruova, tranne la quale la convenzione sarà sempre valida, se trovasi altrimenti provata, vuoi dalla confessione della parte, vuoi dalla esibizione dei doppii stessi (in caso del manco *della menzione* soltanto di tali doppii), vuoi in tutt'altro modo (art. 1325).

CXLVII. — Debbono esservi tanti doppii per quante vi ha parti aventi un interesse distinto, e basta un solo originale per tutte le parti aventi uno stesso interesse, vale a dire che occorrono tanti originali per quante sono le parti aventi nella convenzione interessi opposti. Sicchè basta un solo originale per tutte le persone aventi ciascuna un interesse simile, e che tutte unite rappresentano verso la parte avversa la parte che rappresenterebbe una parte sola (art. 1325).

La necessità dei doppi applicasi soltanto alle convenzioni sinallammatiche. Non si posson dunque richiedere per alcun contratto unilaterale, nè per la promessa unilaterale, senza obbligo reciproco dell'altra parte, di conchiudere ulteriormente un contratto sinallammatico, p. es. per la promessa unilaterale di comprare o di vendere.

Una tale promessa, la quale non equivalerebbe ad una vendita (essendo unilaterale) non sarebbe men obbligatoria per colui che l'avesse fatta, e sarebbe perfettamente ben provata da un atto fatto in semplice spedizione (*ibid.*).

CXLVIII. — *Necessità del* bono *o* approvato. La legge doveva prendere, ed à in effetti preso sagge misure per impedire che s'introducesse la frode negli scritti contenenti obbligazione unilaterale. Sicchè la promessa unilaterale di pagare una certa somma, o una certa quantità di mercanzie, non può provarsi con l'atto cui presenta il creditore, che in quanto tale atto sia scritto per intero dal debitore o almeno rivestito di un *bono* o *approvato* indicante in lettere e non già in cifre, la quantità della somma o delle cose. Se il corpo dell'atto è scritto per intero dal debitore, la

quantità della somma o delle cose dovrà pur necessariamente essere scritta in tutte lettere e non in cifre. La ragione è la stessa per l'un caso come per l'altro (art. 1326).

La regola si applica tutte le volte che non vi è obbligo se non da un lato, anche quando quest' obbligo fosse assunto da più persone. I condebitori non presentano allora nella convenzione che una sola parte, l'atto deve dunque portare il *bono* di ciascuno di essi, se è scritto da un terzo, o il bono dell' altro o degli altri condebitori, se è scritto da uno di essi. Allorchè la convenzione è unilaterale, non vi è ad optare tra la regola dei doppii e quella del *bono* o *approvato*; deve seguirsi soltanto quest' ultima; ma si comprende che altrimenti sarebbe e che la scelta tra le due regole sarebbe possibile, nell' ipotesi di un contratto sinallammatico che eseguesi sul momento da un lato, di tal che più non rimane obbligazione che dall' altro lato (*ibid.*).

La regola non è inoltre relativa che alla pruova e non alla validità della convenzione, di tal che anche in mancanza del *bono* o *approvato*, la pruova dell' obbligazione potrebbe sempre farsi contro il sottoscrittore mercè la sua confessione, il giuramento, o altrimenti (*ibid.*).

CXLIX. — La legge fa alla regola che ci occupa una eccezione pei mercanti, artigiani, lavoratori, vignaiuoli, giornatari e persone di servizio. Questa eccezione era richiesta dalla natura stessa delle cose: in quanto ai mercanti, la legge à dovuto temere, se li sottoponeva alla regola, d'intralciare il rapido corso dei loro affari: in quanto ai giornatarii ed altri, obbligarli alla formalità del *bono* o *approvato* sarebbe stato metterli nella necessità di ricorrere al notaio per gli atti più insignificanti (*ibid.*).

Allorchè v' à disaccordo tra la somma espressa nel corpo dell' atto e quella espressa nel *bono*, v' à presunzione che l' obbligazione non è che della somma minore, anche quando l'atto e il bono fossero scritti per intero di carattere dell'obbligato. Ma siffatta presunzione cadrebbe innanzi alla pruova contraria (art. 1327).

CL. — *Della data.* È pur troppo facile antidatare un atto sotto scrittura privata, perchè la legge l' abbia considerato come faciente fede della sua data rispetto ai terzi. Non à data certa verso questi ultimi che dal giorno del suo registro, o dalla relazione del suo contenuto in un atto pubblico o dalla morte di uno dei soscrittori; in quanto alle parti e loro successori, l' atto privato fa fede della sua data finchè non ne sia provata la falsità. Il manco di registro (o di uno dei suoi due equivalenti) non può dunque opporsi dalle parti o loro eredi, ma soltanto dai terzi.

Egli è aperto che con la parola *terzi* non possonsi qui intendere coloro che àn contrattato con la persona da cui l' atto è emanato, vale a dire i suoi aventi causa a titolo particolare. In quanto ai terzi *penitus extranei*, che cosa importa loro, poichè l'atto non può produrre alcun effetto nè prò nè contro di essi?... Vero è che la legge dà pieno effetto all' atto sotto privata scrittura tra tutti gli aventi causa delle parti, come tra le parti stesse: ma non v' è qui alcuna contradizione; chè colui il quale à contrattato con una persona (il compratore p. es.) non è avente causa di questa persona se non per gli atti che àn preceduto il contratto, e non per quelli che àn seguito: di tal che pria che mi si possa dire, rispetto a tale atto l' avente causa della persona con la quale ò contrattato, è uopo cominciare dallo stabilire che quest' atto à davvero una data anteriore al mio contratto (art. 1328).

CLI. — La registratura la relazione della sostanza dell'atto privato in un atto pubblico, e la morte di una dei sottoscrittori sono indicati *limitativamente*, come quelli che danno legalmente data certa all' atto privato, e questa data certa non potrebbesi senza violazione della legge estendere a tutt' i casi, in cui il giudice credesse riconoscere in fatti l' impossibilità di un'antidata. Questo punto consacrato dalla giurisprudenza non offre in fatti alcun dubbio in presenza dei lavori preparatorii del Codice.

Del resto siffatte formalità non sono applicabili a semplici quietanze per le quali vi è sempre stato uso di contentarsi della sottoscrizione del creditore. L' eccezione esisteva nell' antica giurisprudenza, e non trovasi nei lavori preparatorii alcuna traccia di una innovazione, la quale avrebbe gettato il turbamento nelle abitudini stabilite da più secoli (*ibid.*).

2.° Degli scritti validi senza sottoscrizione.

CLII. — I registri dei commercianti fanno pruova legale e compiuta contro gli altri commercianti, ma non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate contro le persone non commercianti. Costituiscono soltanto verso costoro un principio di pruova sufficiente per autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio. Non per tanto le enunciazioni annotate nei registri non permettono di ammettere la pruova testimoniale per istabilire la verità della somministrazione. Chè la pruova testimoniale non è ammessibile che quando vi *à principio di pruova per iscritto*, e la legge non riconosce questo carattere che agli scritti emanati *da colui contro del quale è istituita la domanda* (art. 1329).

Ma se i registri di un commerciante non fanno pruova contro i non commercianti, la ragione dice chiaro abbastanza, ch'essi fanno piena pruova contro il commerciante stesso. Beninteso, colui che vuol trarne vantaggio non può dividerli in quanto contengono di contrario alla sua pretesa (art. 1330).

CLIII. — A differenza dei libri di commercio, i registri e carte domestiche non fanno mai fede a pro di chi li possiede; ma fanno fede contro di lui in due casi: 1° tutte le volte che enunciano formalmente un pagamento ricevuto, 2° quando enunciano una obbligazione, della persona che li tiene verso un terzo: ma qui la legge mostrasi più esigente, e non riconosce l'esistenza dell'obbligazione, se non quando è espressamente detto che la nota fu scritta per supplire al manco di titolo del creditore.

Nel primo caso, vale a dire quando i registri enunciano formalmente un pagamento ricevuto, la scrittura *anche cancellata* conserverebbe tutta la sua forza: chè, cancellata com'è, la menzione del pagamento ricevuto fien prova, che questo pagamento à avuto luogo, niuno scrivendo sul proprio registro, di essere stato pagato il tale giorno della tale somma dalla tale persona, se la somma non è stata versata. Nel secondo caso al contrario lo scritto cancellato non avrebbe alcun valore, perchè la radiatura fatta dal debitore dà luogo a credere, non aver egli cancellato la nota, se non perchè la sua obbligazione, che ben esisteva dal principio, si è estinta più tardi.

Se i registri e carte domestiche fanno pruova contro il loro autore, non possono però far pruova a suo pro: sarebbe troppo comodo di crearsi un titolo da sè stesso. Ma da ciò non bisogna conchiudere che l'avversario dell'autore del registro domestico possa scegliere, a suo talento, nelle enunciazioni relative ad un affare per prendere queste e lasciar quelle. L'avversario deve prendere, come è, tutto l'insieme delle obbligazioni, insieme, il quale è per forza indivisibile; se gli è favorevole se ne prevalerà; se gli è contrario lo lascerà, senza che allora si possa (poichè il registro non fa pruova a pro del suo autore) rivolgerlo contro questo avversario.

In talune rare circostanze il foglio volante dovrebb'essere compreso nella denominazione di carte domestiche, allorchè p. es. tale foglio volante contenesse enunciazioni di tale precisione che dessero una completa certezza. Reciprocamente la nota scritta sul registro potrà talvolta restare inefficace, p. es. quando fosse scritta da mano diversa delle altre enunciazioni del registro.

Se il padrone del registro nega di averlo, non vi sarà spesso altro espediente che di deferire il giuramento sull'esistenza di tale registro. Che se, confessandolo l'esistenza del registro, si limitasse a rifiutare di presentarlo, questo rifiuto costituirebbe un principio di pruova, il quale autorizzerebbe la delazione del giuramento suppletorio (art. 1331).

CLIV. — Lo scritto che enuncia pagamenti fatti dal debitore, e che trovasi in seguito, in margine, o in dorso, sia del semplice atto, sia di quello dei doppii, che forma il titolo del creditore, fa pruova sol perchè è di esso creditore, tutto che non sia nè sottoscritto nè datato da lui, senza che siavi a considerare, se il titolo è o no rimasto in suo potere. Quando questo scritto trovasi in una precedente quitanza, o su quello dei doppii che appartiene al debitore, non fa pruova che sotto la doppia condizione, che sia la scritto ancor quello del creditore, e che il documento che lo contiene non sia da lui ritenuto. Avvi d'altronde tra' due casi quest'altra differenza che, nel primo, lo scritto avrebbe sempre lo stesso valore, tutto che cancellato, poichè basta, perche esista la liberazione del debitore, che sia stata enunciato dal creditore in un momento qualunque; mentre che nel secondo le radiature renderebbero senza effetto la scrittura, facendo supporre che non si fosse posta se non nella speranza di un pagamento che non si è poi attuato.

In quanto alle scritture che, aggiunte sul titolo di un credito, enunciassero un credito novello, senza presentare una seconda sottoscrizione, possono far pruova, se sono in intima relazione con l'atto, di tal che il tutto possa considerarsi come un atto unico, all'insieme del quale applicasi la sottoscrizione. Nel caso contrario non possono essere che un principio di pruova per iscritto (art. 1332).

§ 3.

Delle tacche.

CLV. — Il mezzo di constatazione chiamato *tacche*, in uso specialmente presso i panattieri, è una specie di pruova scritta; e per conseguenza conserva la sua forza, anche oltre il limite al di là del quale la legge, come or ora vedremo, più non permette di provare per via di testimoni.

Allorchè la controtacca trovasi di accordo con la tacca, questa fa fede della quantità delle mercanzie che trovasi così constatata. Se la controtacca presentasse meno segni della tacca, la fornitura non sarebbe provata che fino alla concorrenza del numero di tacche comuni alle due metà, e quelle che non

si trovassero sulla controtacca sarebbero completamente non avvenute: sarebbe altrettanto, se la controtacca offrisse più segni della tacca, poichè e l'una e l'altra debbono essere correlative.

La tacca presentata dal fornitore sarebbe priva di ogni forza probante, se il consumatore pretendesse non esser mai esistita controtacca, e che nulla è stato a lui fornito, o che le somministrazioni si son pagate in contante. In fatti questa tacca, priva così di controtacca, merita evidentemente minor fiducia dei registri regolarmente tenuti; non si può dunque nel silenzio della legge attribuir loro l'effetto che essa accorda a tali registri, di autorizzare il giuramento suppletorio. Che se non essendo presentata la controtacca, fosse provata o confessata la sua esistenza anteriore, la tacca dovrebbe far fede (a meno che non fosse provata la frode del fornitore); chè allora il consumatore sarebbe in colpa di non essersi presentato, immediatamente dopo la perdita della controtacca, dal fornitore per acclarare il suo conto e ricominciare una nuova tacca (art. 1333).

§ 4.

Delle copie dei titoli.

CLVI. — La copia di un *titolo*, vale a dire di un atto autentico, per sè stessa non è nulla, e non desume la sua forza probante che dall'originale stesso. Può dunque richiedersi sempre la presentazione di quest'originale, e la legge non sottopone il dritto di esigerlo che alla sola condizione richiesta dalla forza stessa delle cose, vale a dire che ancor sussista quest'originale. Quando sussiste l'originale ed una parte ne domanda la presentazione, la copia più nulla prova, e non v'è bisogno di allegare contro di essa alcun motivo particolare di sospetto. Non v'è eccezione a siffatta regola che per gli estratti di atti dello stato civile, (art. 1334).

Dopo la perdita dell'originale, la quale debbe provarsi dall'attore, (che non à perciò a provare che l'originale più non trovasi nel deposito, ove doveva essere, e che nulla indica la sua esistenza altrove) la copia che n'è estratta da un ufficiale pubblico à maggiore o minor forza, a seconda dei casi.

Essa fa piena pruova, come farebbe l'originale stesso in tre casi: 1. quando questa copia è autentica, o di prima spedizione, il poco tempo che intercede tra la redazione della minuta ed il rilascio della copia autentica o di prima spedizione, dà al legislatore una sufficiente garenzia della loro uniformità: — 2.° quando la copia è estratta sulla minuta dall'uffiziale depositario, per ordine del magistrato, in presenza o chiamate le parti, o quando lo è stato anche senza ordine del magistrato, in presenza e col consenso dei diversi interessati; — 3.° quando la copia presa sull'originale lo è stato fuori delle circostanze suindicate, ma sempre dall'uffiziale depositario legale dell'originale, ed ha più di trenta anni di data; perchè in fatti non si anticipa di trent'anni per procurarsi un titolo falso (art. 1335).

CLVII. — Tranne i suddetti tre casi, qualunque copia tratta dalla minuta non può servire che di principio di pruova per iscritto. Questa seconda regola abbraccia in pria le copie rilasciate da un pubblico uffiziale, che non era il depositario legale della minuta, quale che sia la loro antichità, ed in secondo luogo qualunque copia che, non essendo autentica o di prima spedizione, e non essendo stata redatta per ordine del magistrato, e chiamate o presenti le parti, lo fosse ben stato dal depositario legale, ma da men di trent'anni.

In quanto alle copie di copie, esse possono soltanto, a seconda delle circostanze, considerarsi come semplici indizii, vale a dire autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio, se gli sembrasse abbastanza forte la presunzione risultante dalla copia prodotta (*ibid.*).

CLVIII. — Per derogazione alla regola che accorda la forza di un principio di pruova per iscritto soltanto all'atto emanato dall'avversario, o almeno alle copie di originali e non alle copie di copie, la legge fa della trascrizione sul registro del conservatore delle ipoteche un principio di pruova per iscritto: ma non lo fa che sotto due condizioni, altrettanto prudenti quanto severe: la prima che sia costante che tutte le minute del notaio, dell'anno nel quale sembrava essersi stipulato l'atto, sieno smarrite, o che si provi che la perdita della minuta di questo atto sia avvenuta per un particolare accidente; la seconda che esista un repertorio in regola del notaio, il quale attesti che l'atto fu stipulato alla stessa data. La legge esige inoltre che, nel caso di ammissione della pruova testimoniale, si sentano sempre coloro che sono stati testimoni all'atto, se tuttora esistono (art. 1336).

La semplice registratura non produrrebbe lo stesso effetto della trascrizione; chè la legge non ne fa cenno, e quanto essa dice della trascrizione è già un'eccezione. Per altro la registratura à minor valore della trascrizione; poichè questa è la riproduzione intiera dell'atto, mentre che quella non ne presenta che una sommaria menzione (*ibid.*).

§. 5.

Degli atti ricognitivi.

CLIX. — S' intende per *atto ricognitivo*, quello che, rapportandosi ad uno scritto più antico, viene a provare la volontà di mantenere i dritti constatati da quel primo atto, il quale assume rispetto all' altro il nome di atto *primordiale*.

Lo scopo dell'atto ricognitivo essendo quello di mantenere lo stato anteriore delle cose, e non già di creare un novello stato di cose, è perfettamente logico il dire, come lo fa il Codice, che quanto, nel titolo nuovo, fosse diverso da quel che contiene il titolo primordiale, presentato in pari tempo, rimarrebbe senza effetto. Ma ci vuol molto perchè la legge sia parimenti giusta, quando dichiara che l'atto ricognitivo che non riproduce il tenore dell'atto originale, nulla prova, e lascia il creditore, che non potesse presentare questo titolo originale, nella impossibilità di stabilire il suo dritto. Sicchè questa disposizione non à altra causa che un errore materiale commesso dal Pothier, il quale presenta, come professata dal Dumoulin siffatta idea tanto contraria alla dottrina del gran giureconsulto, quanto alla ragione stessa.

E i nostri redattori riproducendo questa strana dottrina del Pothier (da essi creduta pur quella del Dumoulin) ànno anche esagerate le idee del giureconsulto di Orleans; poichè il Pothier accordava almeno la forza probante all'atto ricognitivo, allorchè essendo già antico, era accompagnato, vuoi dal possesso, vuoi da uno o più altri atti ricognitivi à se conformi, mentre che il Codice non accorda tale effetto, che all'atto antico accompagnato ad un tempo e dal possesso e da un altro atto conforme. L' atto vien considerato come antico dopo trent'anni di data (art. 1337).

CLX. — Non pertanto e per quanto poco logiche sieno queste regole, è mestieri di rispettarle: *dura lex, sed lex*. Invano vorrebbesi distinguere tra il caso in cui il riconoscimento è opposto allo stesso debitore, e quello in cui lo è ai suoi creditori, per dire che la relazione del tenore dell'atto primordiale non sia indispensabile che in quest' ultimo caso; chè la legge non fa, nè permette alcuna distinzione. In vano parimenti si pretenderebbe che basta la sommaria menzione della sostanza di quest'atto primordiale, che gli è ovidente, e dal testo stesso della legge, e dal confronto delle sue disposizioni, e dal confronto dello regolo del Codice con quelle del Pothier (che si son rese più severe invece di mitigarsi) che la legge intende positivamente esigere la relazione *ad longum* di tutto il tenore del titolo: *inserto toto tenore tituli*: sicchè il riconoscimento di un debito già constatato da un atto non farà fede, che quando conterrà la copia intera di questo atto, o quando avendo trenta anni di data, sarà sostenuto e dal possesso e da uno o più altri riconoscimenti conformi (*ibid.*).

Del resto l' idea che l' atto primordiale, allorchè fosse presentato, trionfasse sempre sull' atto ó sugli atti ricognitivi, non è esatta, che per le differenze *in più* che i riconoscimenti contenessero, poichè per quel che fosse differente in meno, o rendesse l'obbligazione meno onerosa, l' atto primordiale potrebbe ben trovarsi senza valore: ciò avverrebbe, se fossevi prescrizione. — È mestieri osservare eziandio, che le regole suddette son fermate esclusivamente per gli atti che in vero non son che ricognitivi, di tal che se, ad onta della qualifica data all' atto, fosse in fatto riconosciuto dal giudice, che le parti ànno inteso fare taluna cosa di nuovo su di uno o più punti, l' atto sarebbe un titolo primordiale, e più non si applicherebbero le sue regole. — Da ultimo, tali regole formando un'eccezione poco logica e poco equa ai principii generali, non dovranno applicarsi che nei casi esplicitamente preveduti dal testo, vale a dire pei dritti puramente personali, o non pei dritti reali: siffatta idea già giustificata dal carattere di rigorosa eccezione di queste regole, sembra risultare ancora dalle disposizioni del Titolo delle *Servitù* (*ibid.*).

SEZIONE II.

DELLA PRUOVA TESTIMONIALE.

CLXI. — La tema della subornazione dei testimonii ed eziandio il desiderio di restringere il numero delle liti, fanno vietare, per regola generale e salvo talune eccezioni, la pruova testimoniale. Noi studieremo il divieto in un primo paragrafo, per occuparci in un secondo delle eccezioni ch'esso comporta (*Oss. prel.* dell'art. 1341).

§. 1.

Divieto della pruova testimoniale.

CLXII. — Il Codice qui ferma due regole. La prima che qualunque fatto che offre un interesse maggiore di 150 fr. non può provarsi per via di testimoni. — La seconda che la pruova testimoniale è parimenti proibita anche per un fatto di un interesse minore di 150 fr., allorchè trattasi di andar contro od oltre il contenuto di uno scritto. Dacchè le

parti si son data la pena di redigere uno scritto per constatare il fatto, le menzioni di questo scritto non possono venir modificate che da un altro scritto.

Ma ben inteso, non è interdetto da questo secondo principio di ricorrere ad una pruova testimoniale per interpetrare lo scritto; chè non è modificare una clausola il cercare di ben capirne il senso e la portata. Neppur sarebbe interdetto di provar con testimoni qualunque fatto che si trovasse in intimo rapporto con quello che attesta lo scritto, e che esercitasse su di esso un' influenza più o meno profonda. Così quando uno scritto constata avermi voi prestato 100 fr., io potrò benissimo provar con testimoni avervi reso questi 100 fr., chè il pagamento da me allegato non apporta alcuna contraddizione alla dichiarazione dello scritto: la pruova testimoniale non è respinta, che quando l' allegazione tende a restringere, ad allargare, o *modificare* altrimenti lo stato delle cose constatato per iscritto. In effetti, quando il fatto allegato fosse venuto soltanto a mutare lo stato delle cose, non è credibile, che siensi così modificate queste cose senza modificarsi lo scritto che si conservava per constatarle: ma quando il preteso fatto fosse venuto a sopprimere il precedente stato di cose, più non trattasi di sostenere che lo scritto trovasi redatto inesattamente o incompletamente, trattasi di una cosa totalmente nuova, e per la quale in conseguenza le parti erano libere a redigere un altro atto, o di contentarsi di testimoni, poichè trattavasi di meno di 150 fr. (art. 1341).

CLXIII. — La severità della legge è tale in questo divieto della pruova testimoniale, che non è necessario, per ricadere sotto la prima di queste due regole suindicate, che l' interesse fosse superiore a 150 fr. nella sua origine; basta perciò che il valore dell'oggetto reclamato sorpassi attualmente questo limite. Così, p. es. la pruova testimoniale è inammessibile per un capitale inferiore di per sè stesso a 150 fr., se gl' interessi scaduti al momento della domanda fanno montare al di là di tale cifra il totale della somma dovuta. In fatti la legge ammettendo, che la subornazione dei testimoni è a temersi per un interesse eccedente 150 fr., questi testimoni debbono esser messi da banda, tutte le volte che trattasi attualmente di un valore superante questo limite: spettava al creditore di esigere uno scritto, dacchè il suo credito raggiungeva tale cifra (art. 1342).

Così ancora e per la stessa ragione, la pruova testimoniale è inammessibile, quando la domanda abbraccia più oggetti, che con la loro riunione eccedono questo valore di 150 fr., ancorchè i crediti sieno nati a differenti epoche e per diverse cause. Non sarebbe altrimenti, che in quanto che i crediti fossero nati presso diverse persone, e fossero in seguito di successione o altrimenti ricaduti su di una sola. Allora, in fatti non è stato possibile al creditore di procurarsi una pruova scritta, al momento in cui la riunione de' crediti oltrepassava il limite stabilito. — È questo l'unico caso di eccezione, e la regola non cesserebbe punto per crediti che, nati successivamente, ma sempre presso la stessa persona, si dividessero in seguito fra gli eredi di essa o fossero legati, o altrimenti trasmessi da questa persona ad altre, di cui ciascuna ricevesse un credito. Da una parte infatti, un credito non può divenire più energico o più favorevole perchè ceduto da una persona all'altra: il cessionario non può avere un dritto maggiore di quello del cedente, e da un'altra parte la legge non avrebbe potuto permettere un tal risultato, senza rovesciare tutto il suo sistema. Chè se fosse stato facile a chi à un credito di molto superiore a 150 fr., di far dire da testimoni comprati, che questo credito è formato da varii piccoli crediti, gli sarebbe egualmente facile di fare sperimentar la ricuperazione di questo credito in frazione, per mezzo di varii cessionarii, di cui ciascuno co'suoi testimoni compiacenti, che la legge teme, facesse dichiarare trattarsi di un piccolo credito distinto dagli altri. La nostra regola dunque cessa soltanto quando i crediti inferiori a 150 fr. sono nati presso diverse persone per riunirsi poi su di una sola; e senza ciò la prova testimoniale divene impossibile (e resta tale per l'avvenire malgrado qualunque ulteriore divisione, come si vedrà al numero seguente) dal momento che la riunione de'crediti oltrepassa 150 fr. (art. 1345).

E per meglio assicurare l'esecuzione di una tal regola (come pure per restringere per quanto è possibile il numero de'piccoli litigi) la legge vuole, che tutte le domande che non possono intieramente giustificarsi in iscritto, sieno fatte e riunite al tempo stesso in una medesima citazione, con ordine al giudice di dichiarare non ricevibili quelle che potessero essergli sottoposte più tardi. Notiamo bene, che questa regola rigorosa non è solamente fatta pel caso in cui la riunione delle domande eccedesse i 150 fr., ma pure e indistintamente pe' casi in cui la riunione fosse inferiore a questa cifra, perchè la legge non si preoccupa solo qui di respingere de'testimoni di cui temo la corruzione, ma pure di ottenere una più pronta spedizione degli affari, riunendo varie procedure in una sola. Per questo stesso motivo la regola si applica pure, quando la prova testimoniale è assolutamente permessa, cioè a dire pe' crediti appoggiati su di un principio di prova in iscritto, o provenienti da diverse persone, o che per tutt'altra

ragione trovansi sottratti alla proibizione della prova testimoniale (n. CLXV): è mestieri riunire in una sola citazione tutte le domande, assolutamente e senza distinzione alcuna, le quali non sieno in grado di essere provate intieramente per iscritto.— Il buon senso inoltre dice abbastanza (sebbene s'insegni il contrario) che la regola non si applica, e non poteva applicarsi ai dritti che son nati dopo l'introduzione dell'azione: la legge non poteva esigere che voi metteste nel numero delle vostre domande quelle di un dritto che voi non avevate! e non si applica neppure ai dritti i quali, esistenti già, non erano ancora esigibili. Avrebbe potuto estendersi fino ad essi, la legge avrebbe potuto esigere che domandando gli altri dritti si avesse cura, non già di *domandare* pure (era impossibile) ma di *indicare* i dritti non ancora esigibili; la legge avrebbe potuto farlo, ma non lo fa, e la sua disposizione è certamente abbastanza rigorosa, perchè non sia permesso di andare al di là. (art. 1346).

CLXIV. — Abbiam veduto che la prova testimoniale è proibita, quando il dritto inferiore a 150 fr. in origine trovasi attualmente superiore a questa cifra. E lo è reciprocamente quando questo interesse attualmente inferiore alla cifra indicata eccedeva in origine questo limite.

Così, colui che avesse da principio domandato più di 150 fr. non potrebbe essere ammesso alla prova testimoniale restringendo a tal cifra la sua domanda: ammenocchè, ben inteso, la prima cifra indicata non fosse stato, che per errore, e il dritto fosse veramente inferiore a 150 fr. (art. 1343).

La proibizione si applicherebbe eziandio al caso in cui non si domandassero che 150 fr., o meno, se venisse provato che il dritto era in realtà superiore a questa cifra; come applicherebbesi pure al caso in cui la somma dimandata ne' limiti legali fosse il resto di una somma eccedente questo limite.—In tutte queste ipotesi l'attore sin dal principio era nell'obbligo di constatare il suo dritto in iscritto; egli ha dunque contravvenuto alla legge, e ne sarà punito malgrado le diminuzioni che ha potuto subire il suo dritto, o che a lui stesso piacesse imporgli (art. 1344).

§. 2.

Eccezioni alla proibizione.

CLXV. — Vien permesso l'uso della prova testimoniale, malgrado trattisi di un interesse superiore a 150 fr. o di un'allegazione tendente a contraddire o ampliare le menzioni di uno scritto, ne' quattro seguenti casi.

1.° Quando esiste un principio di prova scritta.

Il Codice non riconosce principio di prova scritta che nella scrittura emanata da colui al quale viene opposta (salvo l'eccezione indicata al n. CLVIII) e che, ben inteso, renda verosimile il fatto allegato — È mestieri in prima che lo scritto emani dall'avversario. Onde, non si potrebbe vedere principio di pruova scritta, a favore di un preteso creditore, nelle quietanze da lui emanate; nè, finchè non vi sia stata verificazione, nell'atto privato che l'avversario niega o sconosce, poichè da questa verificazione sola si saprà se l'atto emana o no da lui.

Del resto una scrittura può emanare da una persona senza essere da questa firmata (come si è veduto più sopra pe' registri e carte domestiche) o senza essere di suo pugno (perchè seguita dalla firma colla quale sa l'ha appropriata) o pure senza esser fatta nè sottoscritta da lei (perchè trattasi di un atto stipulato da un funzionario avente missione per constatare le dichiarazioni della persona). — È uopo da ultimo che renda verisimile l'allegazione.

Quest'ultimo punto è evidentemente una valutazione abbandonata a' magistrati (art.1347).

CLXVI.—2.° Allorquando è stato impossibile al reclamante di avere una pruova scritta.

Questa eccezione è applicata dalla legge alle obbligazioni che nascono dai quasi-contratti, delitti e quasi delitti, ma non bisognerebbe credere che ogni obbligazione proveniente da una di queste tre fonti possa sempre provarsi per via di testimoni. La regola da seguirsi qui, regola che non occorre restringere, nè estendere, è che siavi stata impossibilità di procurarsi uno scritto. Sicchè, colui che vuol provare la dazione di una somma indebita superiore a 150 fr., per esercitare la ripetizione di tale somma, non potrà farlo, che per iscritto, tutto che trattisi di un quasi contratto, poichè gli è stato ben facile di ritirare quietanza della somma che dava.

L'eccezione si applica ancora ai depositi necessarii, vale a dire a quelli cui una persona trovasi astretta, vuoi da una fisica necessità (risultante da un incendio, da un naufragio, da una inondazione o altri accidenti) vuoi da una necessità morale (come nel caso di viaggiatori che si fermano in un albergo). — Essa si applica del pari a tutti gli altri casi, quali che sieno, nei quali si è trovata impossibile la redazione, e p. es. io potrò provare con testimoni l'errore, la violenza o il dolo ch'io allego avermi determinato a formare tale convenzione, ovvero ad attuare tale atto o tal fatto; chè io non ho potuto farmi dare una constatazione scritta, vuoi del dolo che si praticava verso di me, vuoi della vio-

lenza di cui era vittima, vuol dell'errore nel quale io mi trovava. Ma non potrebbesi così provare il contratto, nè tutt'altro fatto che si attribuisce all'errore, al dolo o alla violenza, e che l'avversario sostiene non aver esistito, poichè non vi è stata impossibilità di far constatare no tale contratto per iscritto.

Del pari, mentre che la pruova testimoniale della simulazione di no atto può benissimo farsi dal terzo, al quale quest'atto pregiudica, perchè vi è stata per lui impossibilità di avere una pruova scritta di siffatta simulazione, essa non potrebbe esserlo in generale per colui il quale è stato parte nell'atto, e che è uno degli autori della simulazione, poichè gli era facile di farla constatare in iscritto. Pur tuttavolta sarebbe altramente, e la pruova testimoniale sarebbe permessa alla parte stessa, se la simulazione covrisse una frode fatta alla legge, cioè a dire, se nascondesse un atto vietato come contrario all'ordine pubblico. Colui, infatti, che costretto dalla sua posizione, consente rispetto ad un'altra persona un simile atto, non può domandare a questa persona di constatare la verità delle cose, ed è così in una specie d'impossibilità morale di procacciarsi una pruova in iscritto (art. 1348.)

CLXVII. — 3.° Quando è stato impossibile al reclamante di conservare lo scritto che si era procurato.

Il reclamante dovrà qui provare tre cose con testimoni: 1° ch'egli possedeva un titolo che stabiliva il suo dritto; 2° ch'egli è stato vittima di un avvenimento di forza maggiore; 3° che appunto per tale avvenimento il titolo gli è stato tolto. — Ben si comprende, che la forza stessa delle cose non permetterà di essere rigorosi sulla pruova di questo terzo punto. Ma ben altrimenti sarà del secondo, o l'avvenimento di forza maggiore, di cui pretendesi essere stato vittima, dovrà stabilirsi in un modo preciso, e da non lasciare alcun dubbio: poichè da esso nasce l'eccezione. In quanto al primo punto cioè l'esistenza anteriore del titolo, non è necessario in generale, come spesso s'insegna, che i testimoni che ne depongono, abbiano letto l'atto, e ne riferiscano il contenuto: tosto che dalle deposizioni risulta, che uno scritto constatante tal convenzione, o tal altro fatto, era stato con certezza redatto, è quanto fa d'uopo pe'casi ordinari. La precisa relazione del contenuto di questo scritto potrebbe sol essere richiesta, se si trattasse di un atto, il quale non avesse valore, che per l'impiego di talune formalità; i testimoni dovrebbero allora essere in istato di asserire l'adempimento di queste formalità e la riunione delle diverse condizioni volute per la validità. È ben evidente inoltre, che per lo stabilimento di uno di questi tre punti, non meno del primo che dei due ultimi, non può mai domandarsi *uno scritto* che faccia pruova o principio di pruova: ciò è evidente, poichè una tale idea (che nondimeno è stata ammessa da un arresto di cassazione) verrebbe a dire, che colui il quale forma una convenzione, il cui oggetto eccede 150 fr. dovrà *redigere dapprima uno scritto*, destinato a provare la convenzione, poi redigere *un secondo scritto* per provare l'esistenza del primo nel caso in cui si trovasse perduto!.. (art. 1348).

CLXIII. — 4.° Allorchè trattasi di materie commerciali.

Egli è vero che, se quest'ultima eccezione è ammessa senza contestazione, per ciò che riguarda il divieto della prova testimoniale al di là di 150 fr., vi è controversia sul punto di sapere, se essa esiste egualmente in quanto al principio che vieta la pruova testimoniale oltre o contra il contenuto di uno scritto. Ma l'affermativa risulta sufficientemente, e dai testi del Codice civile, e da quelli del Codice di commercio, e da'lavori preparatorii, e dagli usi della nostra antica giurisprudenza. Conseguente dunque viene essa adottata dalla maggioranza degli autori e dalla corte di cassazione.

Queste quattro eccezioni sono del resto, le sole che la legge ammette, e quella che vorrebbesi far risultare dal consenso dato all'ascoltazione de'testimoni da colui contro il quale si tratta di provare, condannata già dal silenzio del Codice (sol perchè trattasi di una eccezione), lo è ancora dallo spirito, come dal testo della legge.

Essa lo è dal suo spirito, poichè trattasi di un divieto stabilito (almeno per quanto concerne la restrizione del numero delle cause), in uno scopo d'interesse pubblico, e quindi non vi si può derogare con convenzione; lo è dal testo stesso, poichè la regola non è scritta come una facoltà riserbata all'avversario del reclamante, ma sibbene come un divieto diretto al magistrato stesso di ricevere la pruova testimoniale fuori dei casi indicati, (art. 1348).

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI.

CLXIX. — La presunzione è una conseguenza congetturale, desunta da un fatto noto ad un fatto ignoto. Essa è dedotta o dal magistrato o dalla legge stessa; ed in quest'ultimo caso, tutto che non sia sempre che una congettura, che può benissimo trovarsi contra-

ria alla realtà delle cose, essa à giuridicamente una forza probante molto energica.

Le presunzioni dedotte dal giudice ricevono il nome di *presunzioni di fatto* o *dell'uomo*.

Quelle che sono fermate dal legislatore stesso chiamansi presunzioni *legali* o *di dritto*, e si suddividono in *assolute* e *semplici*: le prime soventi chiamate presunzioni *juris et de jure*; le altre *juris tantum*.

Ci occuperemo successivamente ed in tre paragrafi: 1° delle presunzioni di dritto assolute; 2° delle presunzioni di dritto semplici; 3° delle presunzioni di fatto.

1. — Delle presunzioni di dritto assolute.

CLXX. — La presunzione legale assoluta è quella, sul fondamento della quale la legge, pronunzia la nullità di un atto, o accorda una eccezione perentoria contro la domanda in giudizio. La pruova giuridica risultante da una tale presunzione è generalmente invincibile, e non può abbattersi con alcun'altra pruova contraria: avviene talvolta altrimenti, ma per eccezione; ma tal'è la regola.

Sicchè dunque, quando la legge dichiara nullo un atto perchè, giusta la natura di tale atto, essa lo suppone fatto in frode delle sue disposizioni, non è permesso di provare che la supposizione cade sul falso nel caso in cui si è, e che l'atto non è fraudolento. Del pari la pruova dell' inesattezza della presunzione non è possibile, allorchè la legge, in conseguenza di tale presunzione, ricusa ad una persona l'azione in giudizio; vale a dire permette all'avversario di respingere la domanda di tale persona con un fine di non ricevere basato sulla presunzione (art. 1352).

Ma se la presunzione assoluta non può, in massima, combattersi nel senso che non è permesso di provare che è inesatta; egli è chiaro che sarebbe perfettamente permesso al contrario di provare che la presunzione non esiste nella specie, che l'attore non è nel caso pel quale tale presunzione è fatta. Questa idea è talmente evidente, talmente indicata dal buon senso che non può comprendersi come sia stata negata. E ben inteso, non spetta a colui al quale si oppone questa presunzione di provare ch'essa non esista a pro del suo avversario, spetta a colui che l'invoca di provare che esiste, e ch'ei trovasi nelle condizioni sotto le quali è ammessa dalla legge (*ibid.*).

CLXXI. — Inespugnabile per principio, la presunzione legale assoluta, una volta provatane la esistenza, può per eccezione essere combattuta e dimostrata falsa in certi casi particolari in cui una disposizione formale della legge accorda la pruova contraria. Così la presunzione di paternità del marito può essere combattuta da lui, quando trovasi nelle condizioni speciali che la legge indica. Ad eccezione dei casi in cui la pruova contraria è formalmente autorizzata dalla legge, la presunzione assoluta non può essere abbattuta che dalla confessione contraria di colui che l' invocava, o dal giuramento decisorio; (confessione e giuramento di cui più tardi sarà parlato), purchè si tratti di una presunzione stabilita unicamente nello interesse privato della parte, e non già nello scopo di ordine pubblico (art. 1352).

Sicchè, le presunzioni legali assolute, in quanto all'energia della loro forza probante, possonsi dividere in tre classi: quelle contro le quali un testo speciale riserba la pruova contraria per certi casi: quelle contro le quali questa pruova contraria non è riserbata, ma che concernendo soltanto l'interesse privato della parte, possono ancora essere combattute dalla confessione e dal giuramento decisorio, infine, quelle che stabilite in uno scopo d'interesse generale restano completamente invincibili. Nel primo posto fra queste ultime si trova la presunzione di verità che la legge rannoda alle decisioni giudiziarie. Questa presunzione conosciuta col nome di *autorità della cosa giudicata* debb'essere qui l'oggetto di particolari spiegazioni.

Dell'autorità della cosa giudicata.

CLXXII. — La regola legale che presume vera qualunque decisione giudiziaria, per evidente e grosso che possa essere in realtà l'errore del giudice, è una delle basi dell'ordine sociale; e con ragione si è sempre proclamata la massima; *Res judicata pro veritate habetur*.

Riguardo la punto di sapere quando vi sia *res judicata* è certamente ben semplice, sebbene controvertito. La ragione di accordo con i testi e l'autorità di Pothier dice abbastanza che, dacchè una sentenza è pronunziata, dacchè il punto del litigio è giudiziariamente deciso, vi è *res judicata*.

Senza dubbio, sarà spesso possibile, e qualche volta facilissimo di fare annullare questa sentenza, facendo sostituire una sentenza contraria: le sentenze possono essere impugnate or con le vie dette *ordinarie* (cioè l'opposizione e l'appello), che hanno per effetto di rimettere le cose in quistione con la sola formazione del ricorso, e prima che siavi statuito, ora con le vie *straordinarie* (come il ricorso per annullamento) che lasciano alla decisione tutto il suo valore fino al momento in cui l'autorità competente la ritratta.

Ma se una sentenza può qualche volta es-

sere soppressa od esserlo più o meno facilmente, se fa mestieri distinguere sotto tal rapporto tre classi di sentenze, (quelle che si possono impugnare anche con un ricorso ordinario; quelle suscettibili solo di un ricorso straordinario; e quelle che non sono suscettibili di alcun ricorso) non è meno evidente che, finchè il punto deciso resta deciso, finchè la cosa non è rimessa in quistione, vi è giudicato, la proposizione emessa dal magistrato è *res judicata* e deve quindi *pro veritate haberi*. — Egli è chiaro inoltre che la cosa giudicata non esiste mai che nel *dispositivo* della sentenza, non già ne' suoi motivi (che non potrebbero essere consultati a tal riguardo, se non per ispiegare il senso di un dispositivo oscuro), e solo nelle parti di questo dispositivo che veramente meritano tal nome perchè troncano la contestazione, e non in quelle che presentassero meramente delle enunciazioni.

Qualunque domanda (sia di un attore principale, sia di un convenuto che diviene attore in linea di eccezione) la quale tende a rimettere in quistione (per altre via che quelle speciali di ricorso autorizzate dalla legge) un punto già deciso, deve dunque essere respinta. Ma, da quali regole verrà determinato se la quistione sollevata in un secondo stadio debbe essere reputata la stessa di quella che si è giudicata nella prima sede? ... La legge esige perciò tre condizioni 1. che l' oggetto della domanda sia lo stesso; 2. che questa domanda sia fondata sulla stessa causa, 3. ch' essa verta fra le stesse parti. Sicchè, identità dell' oggetto; identità della causa; identità delle parti; occupiamoci successivamente di queste tre idee (art. 1351, n. 1 e 2.).

CLXXIII. — *Identità dell' oggetto*. Questa prima idea è e non può essere più facile a capirsi; e se talvolta può sembrar difficile, gli è in seguito di false spiegazioni dei comentatori che sono venuti ad oscurarla del pari che àn renduto la seconda più difficile a comprendersi di quel che lo è di per sè stessa.

Si è qui imaginato che la regola dell' identità di oggetto doveva spiegarsi con gli assiomi. *Pars in toto — Non in parte totum*. In conseguenza si è preteso, che colui che è stato succombente domandando il tutto, più non può domandare una parte, e che al contrario colui che è stato succombente domandando una parte può benissimo domandare il tutto. Così, quando si è giudicato che Pietro non à il dritto di passare sul mio terreno *a piedi ed in carrozza*, Pietro più non potrebbe pretendere di avere il dritto di passarvi *a piedi soltanto*: al contrario se si è giudicato che egli non à il dritto di passarvi *a piedi*, potrebbesi giudicare che à il dritto di passarvi *a piedi ed in carrozza*!

La ragione dice chiaro; esser la verità precisamente tutto il contrario; che allorquando si è in qualche impaccio sul punto di sapere, se l'oggetto attualmente domandato è stato o pur no già ricusato dalla precedente sentenza, il mezzo ben semplice ad impiegarsi è di paragonare la proposizione giudicata con quella che vuol farsi giudicare; che per conseguenza colui che (nella causa in cui è stato succombente) domandava il passaggio *a piedi ed in carrozza* può ancora ottenere il passaggio *a piedi soltanto*; che colui che domandava il passaggio *a piedi* non potrebbe ottenere il passaggio in carrozza ed *a piedi*; che a dir breve, colui che vien riconosciuto non aver dritto al tutto, ben può aver dritto a qualche parte, e che al contrario colui che vien riconosciuto non aver dritto ad una parte; (e che può benissimo aver dritto alle altre parti) non potrebbe aver dritto al tutto, (art. 1351, n. 3 a 5.).

CLXXIV. — *Identità della causa*. Il punto di sapere che cosa fa mestieri intendere per *causa* di una domanda, punto già per se stesso molto delicato, è divenuto ancor più difficile dopo le singolari spiegazioni degl' interpreti. Gli uni infatto àn confuso la causa coi mezzi, gli altri per una strana abberrazione si sono spinti fino a confonderla con l' oggetto.

Quest' ultimo e grosso errore è ben facile ad evitare; poichè l' oggetto della domanda, ciò a cui tende il pretendente si è la cosa che vuole ottenere, mentre che la causa di tale domanda è il fondamento sul quale si poggia per domandare questa cosa; di talche si distingue agevolmente l'oggetto dalla causa nella risposta a queste due quistioni: *che cosa domanda il reclamante.... su che si fonda per domandarlo*?

Ben è vero che la domanda può avere più oggetti derivanti gli uni dagli altri. Così nella azione di rescissione di una vendita per lesione, la domanda à sulle prime per oggetto l'annullamento del contratto di vendita, ed à pure per oggetto (più lontano e che sarà la conseguenza del primo) di rientrare in possesso del fondo venduto. Ma questa pluralità possibile di oggetti non toglie di ben distinguere un oggetto di domanda da una causa di domanda, poichè un oggetto (anche quando è seguito da altri oggetti derivanti da esso) potrà sempre e necessariamente porsi come risposta a questa domanda: *che si chiede?*, mentre che la causa nol potrà giammai: l'oggetto sarà sempre, e la causa giammai, *ciò che domanda* il pretendente.

Ma se è oltre ogni dire chiarissimo il distin-

gnere l' oggetto dalla causa, è un po' men facile il non confondere questa causa coi mezzi, per la ragione che il mezzo è di per sè stesso una causa (più lontana) e la causa un mezzo (il più vicino di tutti). Non per tanto la distinzione diviene agevole con un po' di riflessione, e mercè le sole idee testè indicate in parentesi. Chiamasi specialmente causa quello dei mezzi, delle basi della domanda, che l'ordine naturale delle idee chiamasi *il primo*, quello che forma la base immediata della pretensione; e si riserba il nome generico di mezzi a tutti quelli che trovansi più lontani. Così in tre azioni di nullità intentate, una per errore, l'altra per violenza, la terza per dolo, la base immediata trovandosi sempre nella insufficienza che qui deriva dall' errore, là dalla violenza, altrove dal dolo, ne segue che le tre azioni ànno una stessa causa, e non differiscono che pei mezzi (art. 1351, n. 6-8).

CLXXV. — Ciò posto, basta per applicar esattamente la seconda delle tre condizioni richieste perchè siavi autorità di cosa giudicata, di ritenere che la legge domanda soltanto l' identità della causa, e non tiene alcun conto della diversità dei mezzi. La regola, gli è vero, sembra a primo aspetto poco naturale e poco equa. Sembra ben duro che colui che è stato succombente, p. es. invocando il suo errore, più non possa far valere un dolo, di cui non si è quistionato, e cui egli stesso non à scoverto che in seguito; ma tale rigore si spiega, come molti altri, col sacrifizio dell' interesse privato all' interesse generale. Se si fosse permesso di considerar qui tutt' altro che la causa propriamente detta, sarebbe stato mestieri dare adito a nuove discussioni per tutti i nuovi mezzi, per lontani che fossero, ridurre così le decisioni giudiziarie a non essere che provvisorie, ed abbattere quindi una delle basi dell' ordine sociale; spetta a colui che istituisce una domanda di studiare tutte le circostanze della causa per non omettere cosa alcuna di decisivo (art. 1351, n. 6).

La legge inoltre non ammette alcuna eccezione nè in un senso nè nell' altro, alla regola che qui ci occupa. Così, da una parte la nuova domanda sarà sempre ricevibile, dacchè fondasi su di una causa diversa dalla prima, tanto nelle azioni reali quanto nelle altre, tutto che una volta fosse diversamente a Roma. Da altra banda la seconda domanda sarà sempre non ricevibile, dacchè si fonderà sulla stessa causa, quand'anche sia istituita con un'azione differente; chè la legge non esige quattro condizioni per costituire l' autorità della cosa giudicata; e dacchè la causa è la stessa (essendo eziandio identico l'oggetto e le persone) la seconda domanda non potrà essere accolta. (art. 1351, n. 9).

CLXXVI. — *Identità delle parti.* Se la cosa giudicata è legalmente una verità, non è che una verità relativa e restringesi alle persone tra le quali fu pronunziata la sentenza. Or perchè siavi identità giuridica delle persone, la legge esige ed a ragione, non solo che le parti sieno le stesse, ma altresì che agiscano con le stesse qualità.

Sicchè, ed in quanto a questa seconda idea, quando Pietro agiva nella prima causa *proprio nomine*, e nella seconda agisce como tutore di un pupillo, non v' à identità di parti, poichè l'attore prima era Pietro, ed oggi è il pupillo di cui Pietro non è che l'istrumento. — Ed arrogi che l' identità giuridica può talvolta sparire per la diversità delle qualità, tutto che la persona agisca nei due casi per suo proprio conto. Gli è quando il litigante figura nella seconda causa come erede di una persona, alla quale non era ancora succeduto all' epoca del primo giudizio: questo litigante più non è allor la stessa persona giuridica di prima, in quanto ai dritti e alle obbligazioni che ricadono sul suo capo.

Diciamo quando il litigante figura in qualità di erede di una persona *alla quale non era ancora succeduto all' epoca del primo giudizio*. E di fermo se la qualità invocata nel secondo giudizio fosse già esistita al tempo del primo, è ben chiaro che più non potrebbe dirsi, la persona più non essere la stesso, perchè nulla sarebbe sopraggiunto a modificarne lo stato: la circostanza che la prima volta voi non avete invocata tale qualità che vi apparteneva, evidentemente non toglie che questa qualità era già vostra e che la vostra condizione non è mutata. Senza dubbio, se la qualità, di cui si argomenta per la prima volta nella seconda discussione, desse alla domanda una nuova causa (o un nuovo oggetto), come può talvolta avvenire, più non vi sarebbe cosa giudicata, ma ciò proverrebbe unicamente dal manco d'identità di causa (o di oggetto) e, per nulla dal manco di identità della parte (art. 1351, n. 10).

CLXXVII. — Se, come or ora si è veduto, può esservi diversità giuridica della persona ad onta dell'identità fisica, può esservi reciprocamente identità giuridica, ad onta della diversità fisica degl'individui: vale a dire ch'io posso benissimo, senza aver figurato da me in una istanza, esservi stato rappresentato da colui che agiva, in modo che legalmente non sono che una sola persona con lui. Così il pupillo è rappresentato dal suo tutore, l'erede e tutti gli altri successori generali dal loro autore; i creditori chirografari dal loro debitore; l'acquirente particolare dall'alienante, in quanto concerne il fondo acquistato; ma soltanto (come si è già detto al n. CL) per quanto erasi fatto

dall'alienante anteriormente all'alienazione; di tal che l'acquirente più non sarebbe rappresentato nelle istanze che costui intentasse dopo l'alienazione.

La giurisprudenza applica siffatta regola per le istanze, le quali, già cominciate, non sono ancora terminate all'epoca dell'alienazione. Gli è a torto, ed è uopo riconoscere con gli autori che la rappresentazione ha luogo in tal caso. E di fermo formasi il quasi-contratto giudiziario quando si rannoda l'istanza, e l'acquirente che non tratta che dopo la formazione di questo quasi contratto si sottopone quindi a subirne le conseguenze, come sopporterebbe quelle di una convenzione (art. 1351, n. 11).

CLXXVIII. — Respingendo in tal modo la rappresentazione in un caso, nel quale le regole legali l'ammettono, la giurisprudenza, per un errore contrario, l'ha ammessa fin quì in un caso in cui queste regole impongono di rigettarla. Intendiamo parlare del creditore ipotecario che la giurisprudenza dichiara rappresentato dal suo debitore nelle cause da costui sostenute dopo l'inscrizione dell'ipoteca, in quanto alla proprietà del bene ipotecato. Questa dottrina che sol proviene da una mancanza evidente di esame (chè questo punto non è stato seriamente trattato se non posteriormente a tutti gli arresti resi sulla quistione), questa dottrina non è solamente contraria ai bisogni della società, e tale da scuotere il credito pubblico, ma è pure una violazione flagrante e palpabile del principio della legge.

In fatti, l'ipoteca essendo un dritto reale, un dritto che senza smembrare la proprietà dell'immobile, nondimeno non la lascia punto intatta, un dritto che mette il creditore in relazione diretta con l'immobile e non colla persona del debitore, un dritto la cui esistenza assoluta è indipendente dalla volontà ulteriore di questo debitore, e che fa entrare nel patrimonio del creditore un potere irrevocabile sul bene ipotecato, in qual modo il debitore, o altri dal creditore in fuori, solo padrone di questo dritto, potrebbe disporne o comprometterlo in una maniera qualunque?... Se il debitore litigando potesse compromettere l'ipoteca, egli avrebbe egualmente (il che pertanto non si osa dire) il dritto di comprometterla contrattando; dappoichè, se il creditore è l'avente causa dal debitore che litiga, gli è chiaro che lo è pure dal debitore che contratta... Invano, per un grossolano sofismo vorrebbesi spiegare questa pretesa differenza con la circostanza che la sentenza non fa se non riconoscere i dritti, mentre il contratto li crea: poichè oltre che il fondo di questo argomento è un cerchio vizioso (trattandosi precisamente di sapere se la sentenza ottenuta contro il debitore esiste pure contro il creditore ipotecario), la sentenza sarebbe d'altronde dichiarativa per l'acquirente di una porzione o dalla totalità dell'immobile come pure pel concessionario d'un'ipoteca. ... La verità, verità talmente evidente che arreca sorpresa come siasi potuto sconoscere, è che qualunque acquirente (sia di una ipoteca, sia di una servitù, sia di una frazione divisa od indivisa dell'immobile, ovvero dell'immobile intero) non è l'avente causa dal suo autore e non è da lui rappresentato se non per quello ch'è avvenuto sia in sentenza, sia in contratto, prima dell'acquisto, e non per quanto ha avuto luogo in seguito (art. 1331 n.° 12).

CLXXIV.—Sonovi talune classi di persone che pel rapporto che ànno con tal'altra trovansi legalmente da essa rappresentate nelle sentenze che son loro profittevoli, mentre che più non sono se non de'terzi per quelle che lor fossero nocive; perchè la persona che ha litigato, per la sua posizione verso quella alla quale trattasi di opporre la sentenza, trovavasi aver mandato per rendere migliore la condizione di questa, e non peggiore (ved. art. 1351, n.° 13).

Del resto, il principio che la presunzione assoluta di verità della cosa giudicata, punto non esiste per coloro che non sono stati parti, o rappresentati nella sentenza, non è subordinato, come qualche volta si è detto, all'esercizio dell'*opposizione di terzo*. L'opposizione di terzo non à punto per iscopo di stabilire che altri è terzo per rapporto ad una sentenza, ma sibbene di sospendere l'esecuzione; essa non concerne la forza probante ma quella esecutoria; e la giustificazione della qualità di terzo, lungi dall'essere subordinata all'opposizione di terzo, la tiene invece ad essa subordinata.— In quanto al punto di sapere se lo scopo al quale tende l'opposizione di terzo, non potrebbe raggiungersi senza di essa, deve risolversi con una distinzione. In tesi generale devesi rispondere affermativamente; ma havvi un caso particolare in cui l'opposizione di terzo diviene una necessità pel terzo; è quello in cui la sentenza non potrebbe eseguirsi a fronte di colui contro il quale si è ottenuta, senza perciò eseguirsi forzosamente contro questo terzo (art. 1351, n. 14).

CLXXX. — *Influenza delle sentenze criminali sul civile.* La riunione delle tre condizioni di identità di oggetto, d'identità di causa, e d'identità di parti non richiedesi evidentemente dal Codice Civile, che pel caso in cui trattasi di due domande civili; e quando con una decisione criminale sarà stata giudicata la quistione che si agita innanzi un tribunale civile, potrà benissimo esservi luogo alla pre-

snnz'one di verità della cosa giudicata; tutto che questa riunione delle tre condizioni sia allora impossibile.

Abbiam detto che questa riunione è allora impossibile. Non può esservi in tal caso identità di parti, poichè il ministero pubblico non avendo potuto domandare la riparazione pecuniaria del torto causato alla persona lesa per un misfatto, e questa persona non avendo altro diritto che di domandare tale riparazione pecuniaria: ben ne segue che il ministero pubblico non à potuto esercitare il dritto di tale persona, in altri termini rappresentarla. Non può neppure non esservi identità di oggetto; chè quest' oggetto non può essere al criminale che l'applicazione di una pena, al civile un pagamento di danni e interessi, ed è assurdo di sostenere che la morte o i lavori forzosi che domandava il ministero pubblico, e gli scudi che io domando, sieno la stessa cosa. Ma se l' identità di parti, e l'identità di oggetto non esistono punto allora, checchè ne dica la maggioranza degli autori, non è una ragione per conchiudere, come altri ha fatto, che non v'ha luogo all' autorità della cosa giudicata; dappoichè, lo ripetiamo, le tre condizioni non sono richieste che quando trattasi di due decisioni civili. La ragione dice abbastanza, che colui il quale ha fatto giudicare col mandatario della società, che il fatto di cui era accusato non esiste, non potrebbe restare sotto una condanna qualunque a ragione di questo preteso fatto; e che viceversa, colui che dopo una difesa circondata da tutte le volute garenzie, è stato solennemente riconosciuto colpevole di un delitto, non potrebbe legalmente sostenere ch' egli è innocente. Epperò più di un testo di legge manifesta nettamente il pensiere del legislatore, che la cosa giudicata al criminale conserva tutta la sua forza al civile.

Solamente, se allora non si può esigere la riunione delle tre condizioni qui sopra dette, fa d' uopo evidentemente che il punto che pretendesi stabilire con la sentenza criminale sia ben quello che questa sentenza à deciso, e sia uno di quelli su i quali la giurisdizione criminale aveva missione di pronunziare.

Sicchè, la missione di un tribunale che giudica criminalmente essendo soltanto quella di decidere se il fatto che si oppone all'incolpato esiste, se l'incolpato ne è l'autore, e se questo gli è imputabile al punto di vista della legge penale, e come reato di dritto criminale, e non già di decidere se questo fatto costituisce un delitto di dritto civile, o un quasi delitto, ne segue che la persona dichiarata non colpevole di omicidio per imprudenza può benissimo essere condannata nel civile per danni e interessi come colpevole di un quasi delitto. Vi sono infatti de' gradi nell' imprudenza, ed uno può essere stato non abbastanza imprudente per meritare la prigionia, ed esserlo stato abbastanza per essere tenuto ad una riparazione civile (art. 1351, n. 15 e 16).

§ 2.

Delle presunzioni legali semplici.

CLXXXI. — Chiamasi presunzione legale semplice, o presunzione *juris tantum* quella stabilita dalla legge, ma senza trar seco nullità di un atto o fine di non ricevere contro la domanda in giudizio. La regola che, nella materia delle successioni determina dall'età e dal sesso delle persone morte nello stesso avvenimento, l'ordine di decesso di queste persone è una presunzione di questo genere.

Questa presunzione fa sempre pruova completa per colui che ne stabilisce l' esistenza a suo favore, e il giudice non potrebbe senza incorrere nella cassazione, esigere da lui una altra giustifica; ma questa pruova può essere abbattuta da una pruova contraria trovata più forte dal giudice, e ciò qualunque sia la natura di tale pruova contraria, e quand' anche attinta in semplici presunzioni di fatto, chè queste presunzioni sono uno de' mezzi di pruova ammessi dalla legge (art. 1352).

§ 3.

Delle presunzioni di fatto.

CLXXXII. — La presunzione di fatto, o presunzione dell' uomo, è quella non consacrata specialmente da alcun testo legale, e che il giudice sotto l' autorizzazione generale che la legge gli dà, deduce egli stesso dai fatti e circostanze della causa. Il giudice non può ricorrere a questo mezzo di pruova che nel caso in cui la pruova testimoniale è permessa. (1) Non deve però, ben inteso, ammettere che presunzioni gravi, ma la valutazione della gravità è per forza lasciata alla sua coscienza. Può del resto decidersi mercè di una sola presunzione, come lo può in caso di pruova testimoniale, mercè di un solo testimone.

(1) Lo può segnatamente in tutti i casi di allegazione di frode; chè la frode può sempre provarsi per via di testimoni, perchè è uno degli oggetti di cui è impossibile avere una pruova scritta. I principii del pari che le dichiarazioni formali dei lavori preparatorii non permettono di avere alcun conto a tal riguardo della redazione dell' art. 1353.

Risulta da siffatta facoltà accordata al giudice che l' obbligazione di far pruova è lungi dall' essere rigorosa quanto potrebbesi crederlo, poichè non sempre, ma allorchè la pruova testimoniale è possibile, basterà far sorgere nell'animo del giudice la probabilità della pretensione sostenuta. E questa semplice probabilità, come si è veduto, può bastare secondo i casi ad abbattere le presunzioni stesse della legge; il che per altro è giustissimo, poichè tali presunzioni non sono che congetture, del pari di quelle dell' uomo, congetture la cui inesattezza è tanto più a temersi, dacchè sono stabilite con anticipazione per tutt' i casi e senza distinzione delle circostanze particolari di ogni causa (art. 1353).

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE.

CLXXXIII. — La confessione è la dichiarazione con la quale una persona riconosce positivamente un fatto che debb' essere tenuto come avverato rispetto ad essa. La confessione è giudiziaria o stragiudiziaria, secondo che è o non è fatta in giudizio (art. 1354).

CLXXXIV. — *Confessione giudiziaria.* È mestieri che abbia luogo, sia all' udienza stessa, sia in un interrogatorio su fatti e circostanze, o che almeno sia consegnata in un atto regolare di procedura; ma la legge non domanda che ciò sia nella stessa istanza nella quale la parte avversa se ne prevale; ed in fatti, non si vede in qual modo il fatto, tenuto per vero nella prima causa, potesse essere falso nella seconda. — Potendo la confessione trarre seco per la parte, la perdita della causa non può emanare che dalla parte capace di disporre dell' oggetto di questa causa, o dal suo mandatario munito di procura speciale (art. 1356).

La confessione giudiziaria avvenuta regolarmente e su fatti pei quali non è vietata, fa piena fede contro il suo autore; ma è uopo far qui una osservazione in quanto alla confessione complessiva. — Mentre che la confessione è semplice, quando presenta senza modificazioni nè addizioni il riconoscimento del fatto allegato, è complessiva quando non la presenta che facendola seguire dall' affermazione di altri fatti che modificano questo primo fatto, e ne alterano o distruggono le conseguenze. In quest' ultimo caso, è uopo distinguere, se il fatto o i fatti che seguono il fatto principale trovansi o pur no aver con lui un'intima relazione, una naturale connessione. Se questa connessione esiste, si considerano e con ragione i fatti accessorii come facienti parte integrante della confessione, e l'avversario non potrebbe quindi metterli da banda per attenersi al fatto principale, chè una confessione non può evidentemente così dividersi a capriccio della parte che la invoca. Nel caso contrario, la seconda allegazione trovandosi indipendente dall'oggetto della confessione, non è più dividere la confessione il mettere da banda questa allegazione. Del resto s'egli è evidente che l' avversario non può dividere la confessione a suo capriccio e per suo solo talento, può benissimo farlo con la pruova positiva della falsità di una parte della confessione.

La confessione non può ritrattarsi che per errore sul fatto (non già per errore sulle conseguenze giuridiche del fatto) va'e a dire mercè la pruova fatta da colui che confessa della inesattezza materiale del fatto confessato. Non potrebbe esserlo sul solo fondamento che l'altra parte non se ne à fatto dare atto, manifestando così la volontà di accettare il giuramento; dappoichè, checchè si possa dire, è ben evidente che qui non trattasi di un contratto, e che il punto di sapere se un fatto è vero o falso, nulla può avere di convenzionale (art. 1356.).

CLXXXV. — *Confessione stragiudiziale.* Siccome questa seconda confessione non presenta le garenzie che assicurano per la prima l' esistenza delle condizioni da cui dipende l'efficacia di ogni confessione, il Codice non ha voluto esigere in regola legale, per la confessione stragiudiziale alcuna delle idee succitate, e tutto trovasi quindi abbandonato in questo caso alla valutazione de'giudici del fatto, i quali non avranno che a pronunziare a seconda della ispirazione della loro coscienza. La sola regola di dritto che qui esiste è che, se la confessione stragiudiziale non è costatata per iscritto, la parte che fosse così ridotta a provarlo per via di testimonii non potrà farlo se non quando l'oggetto della pretesa confessione potrebbe esso stesso provarsi per via di testimonii (art. 1355).

Del resto sarebbe inesatto il dire, come si è fatto talvolta, che una confessione stragiudiziale si trasforma in confessione giudiziaria con la sua reiterazione in giudizio. Egli è chiaro esservi allora due confessioni e che l' esistenza dalla seconda non potrebbe togliere al giudice la latitudine, di cui gode in quanto alla prima (*ibid.*).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO GIUDIZIARIO AFFERMATIVO.

CLXXXVI. — Il giuramento è un atto civile e religioso, col quale una persona pren-

de Dio a testimonio della sua veracità. Sebbene ordinariamente si presti pronunziando le parole *lo giuro*, mentre si tiene la mano dritta alzata verso il Cielo, non potrebbesi astringere a seguire tale uso coloro a' quali la loro credenza religiosa non lo permette, ma non può nemmeno esigersi viceversa, che coloro il cui culto ammette una maniera di prestazione più solenne sieno astretti a prestarlo secondo questa maniera particolare; senza violare la legge si può lor permettere di fare più degli altri cittadini, ma non si può costringerveli.

Il giuramento è giudiziario o estragiudiziario, secondo che è fatto o pur no in giudizio nel corso di una lite: esso è affermativo o promissorio secondo che à per oggetto di garentire la sincerità di un' affermazione, o assicurare l' adempimento di una promessa.

Il giuramento giudiziario affermativo di cui dobbiamo occuparci, è decisorio o suppletorio, secondo che vien deferito da una parte all' altra per farne dipender la decisione, o che vien deferito officialmente dal giudice ad una delle parti per farne risultare il compimento di una pruova cominciata (art. 1337).

§ 1.

Del giuramento decisorio.

CLXXXVII. — Sotto le quattro condizioni che or verranno indicate, ogni parte può deferire il giuramento al suo avversario per farne dipendere la decisione della lite, o di uno de' punti di essa. Questa parte consente così a perdere la sua lite, se l'avversario presta il giuramento domandato, o se lo referisce il giuramento e lo rifiuta: la guadagnerà, se al contrario l'avversario non vuole nè prestare, nè riferire al giuramento, e se, sulla relazione che gliene verrà fatta, essa stessa lo presta.

Quattro condizioni sono necessarie per la delazione del giuramento. — 1. È uopo, ben inteso, che il fatto sia di natura da trarre seco la decisione del litigio: e il giudice dovrà opporsi alla delazione se trova che il fatto non è decisivo. — 2. Fa mestieri che questo fatto sia personale a colui al quale si deferisce, o almeno al suo autore. La legge, infatti permette di deferire il giuramento agli eredi non già come di ragione, sul fatto stesso, ma sul punto di sapere se sono a conoscenza di questo fatto; allora è giuramento *de credulitate*. — 3. Siccome la delazione del giuramento decisorio, giusta quanto si è detto, ha lo stesso effetto di una transazione, è uopo che la contestazione cada su di un oggetto suscettibile di transazione, e si agiti tra persone capaci di transigere. — 4. È uopo infine, giusta quanto abbiam detto al n.° CLXXI che la delazione del giuramento non tenda a combattere la verità di una presunzione *juris et de jure* stabilita in uno scopo d' interesse pubblico.

Egli è certo, inoltre, malgrado la decisione contraria degli arresti che, se questa delazione, è puramente facoltativa pel litigante il quale non potrebbe mai essere costretto di rimettersi alla coscienza di un avversario, che può non averne, non è per nulla facoltativa pel giudice, il quale non ha mai il dritto di respingere la delazione del giuramento, dacchè le quattro condizioni volute trovansi esistere.

La giurisprudenza egualmente è in grave errore, allorchè decide che il giuramento deferito da una parte cessa di essere decisorio e si trasforma in suppletorio, se la parte non lo deferisce che sussidiariamente, e dopo avere indarno impiegati tutti gli altri mezzi ad appoggio della sua pretensione. Poichè, da un lato la legge autorizza formalmente la delazione del giuramento decisorio in qualunque stato della causa: e da un altro, le due circostanze, che il giuramento è deferitto dalla parte (e non dal giudice) per produrre da sè solo la decisione del dibattimento (e non per servire soltanto di compimento ad una pruova già cominciata) sono precisamente i caratteri distintivi del giuramento decisorio (art. 1358 1360).

CLXXXVIII. — Abbiamo detto, che colui al quale si riferisce il giuramento ha la scelta o di prestarlo, o di riferirlo al suo avversario, ma fa d'uopo perciò che si trattasse di un fatto comune alle due parti, o almeno ad una sola, e all' autore dell'altra (il che permette il giuramento *de credulitate*) senza di che la relazione non sarebbe possibile. Del resto colui al quale vien riferito il giuramento non può rinviarlo di nuovo al suo avversario; chè sarebbe girare in un cerchio.

Finchè la delazione o relazione non è accettata, può essere ritirata; chè la convenzione, la transazione non è ancora formata. Ma una volta che la proposizione fatta da una parte è accettata dall' altra, la prima non può più ritirare la sua offerta, a meno che non provi di essere stata indotta a farlo pel dolo del suo avversario.

Sempre che il giuramento deferito o riferito è stato prestato, il suo effetto è pienamente irrevocabile, e non potrebbe venir meno, neppure innanzi la pruova di falsità del giuramento. Una tal pruova non può mai esser fatta dalla parte perditrice, nè per ottenere dei

danni e interessi, che per impedire l'esecuzione della sentenza, e nemmeno come parte civile in un'azione criminale intentata dal pubblico ministero, o agendo innanzi al tribunale civile. Questa impossibilità che forzosamente risulta dalla natura del giuramento *decisorio*, (poichè altrimenti sarebbe necessario ricominciare il dibattimento, per sapere se il giuramento è falso o vero, in modo che questo giuramento non avrebbe nulla di decisorio) e che non è tutt' al più se non un' applicazione de' principii, è stata d' altronde formalmente proclamata nei lavori preparatorii del Codice penale, siccome lo è dalla giurisprudenza, e non s' intende come un autore abbia potuto non comprenderla (art. 1361-1364).

Inoltre, la prestazione o il rifiuto del giuramento non fan pruova e non hanno effetto ben inteso che tra le parti o loro aventi causa. Sicchè, senza presentare altri esempii su questo punto, il creditore solidale non essendo mandatario dei suoi concreditori, e costoro non essendo gli aventi causa del primo se non per la conservazione o il miglioramento del credito e non per transigere o rimettere il debito; egli è chiaro, che il giuramento prestato dal debitore sulla delazione di esso creditore (come pure quello che fosse rifiutato dal creditore sulla proposizione del debitore) non libererebbe il debitore che per la parte del creditore nel credito (art. 1365).

Non è men certo, ad onta della strana contraddizione degli arresti, che l' effetto prodotto dal giuramento prestato non potrebbesi attribuire in tesi alla semplice accettazione seguita dalla morte della parte o di tutt' altra causa d' impossibilità. Egli è evidente in fatti che la promessa di prestare un giuramento non è lo stesso che l'effettiva prestazione di esso giuramento; e la ragione è di accordo con l' autorità del Dumoulin per dire che (a meno che il ritardo della prestazione del giuramento non provenga dalla sola colpa dell' avversario) la convenzione trovasi allora non avvenuta per inadempimento della condizione sotto la quale era stata fatta (art. 1364).

§ 2.

Del giuramento suppletorio.

CLXXXIX. — Questo giuramento, che non può essere deferito che di ufficio dal giudice, non può esserlo, come già si è detto, che per completare una pruova già cominciata: non potrebbe esserlo nè allora quando v' è già pruova completa, (caso in la pretesa che fondasi su tale pruova debb' essere immediatamente ammessa), nè allorchè non v' è neppur principio di pruova (caso in cui la domanda debb' essere rigettata): è mestieri che siavi principio di pruova, e nell' altro che principio di pruova. E ben inteso, questo principio, nel caso in cui la pruova testimoniale non è ammessibile, dove risultare da uno scritto; poichè ogni principio di pruova è una pruova, (cominciata ed incompleta) e che la legge, in tal caso, non riconosce altra pruova che la pruova scritta.

Il giudice deferisce il giuramento a quella tra le parti che gli piace di scegliere (e quindi tal giuramento non può riferirsi da una parte all' altra); ed è libero altresì di deferire alla parte un giuramento *de credulitate*, non solo su di un fatto personale all'autore di questa parte, ma anche su di un fatto personale a tutt'altri; chè la regola che non permette la delazione se non su di un fatto personale non è qui riprodotta dal Codice, ed era mestieri in fatti lasciare al giudice tutta la latitudine per illuminarsi (art. 1366-1368).

CXC. — Un' altra differenza tra il giuramento decisorio e il soppletorio si è che quest' ultimo non essendo che un mezzo d' istruzione e di schiarimento, e nolla avendo di transazionale, può il magistrato, dopo aver pronunziato la sentenza che l'ordina, se giunge a procurarsi altrimenti una convenzione completa, dichiarare non avvenuta tale sentenza. Per la stessa ragione la parte contro la quale la sentenza ha avuto luogo, potrebbe benissimo pravarne la facoltà; che se la sentenza fosse resa, la parte soccumbente alla quale sopraggiungessero nuovi mezzi di pruova potrebbe farli valere in un appello, o in caso d'impossibilità di appellare, con una domanda di danni-interessi: da ultimo i magistrati di appello potrebbero parimenti, anche senza nuovi elementi di decisione, valutare le cose altrimenti che i primi giudici e far vincere la causa a colui che l' avesse perduta dappria (art. 1366-1368).

Del resto è superfluo il dire, che il giuramento suppletorio può avere per oggetto di rischiarare il giudice sul punto di sapere se deve condannare, o soltanto sul montare della condanna, essendo già stabilito il fatto che motiva siffatta condanna. In quest' ultimo caso non può deferirai che all'attore, e sol dopo che il giudice à egli stesso fissato un *maximum*, al di là del quale il giuramento sarebbe inefficace (art. 1369).

Classificazione dei mezzi di pruova.

CXCI. — Si comprende ora da quanto si è detto in questo capitolo, che i mezzi di pruova, siccome abbiamo annunziato al principio di questa materia, possono dividersi in *dieci* specie, le quali noverate giusta la loro maggiore o minore energia, presentansi nell' ordine seguente: 1° Il giuramento decisorio; — 2° la presunzione legale assoluta di ordine pubblico; — 3° la confessione giudiziale; — 4° le altre presunzioni legali; — 5° la presunzione legale semplice; — 6° la scrittura; — 7° la confessione stragiudiziale; — 8° la pruova testimoniale; — 9° la presunzione di fatto; — 10° il giuramento suppletorio.

Vedesi del pari che queste dieci specie di pruove potrebbero, considerandole sempre giusta il loro grado di vigore, dividersi in cinque categorie, cioè:

1° Il giuramento decisorio e la presunzione assoluta di ordine pubblico, che *giammai* possono abbattersi con la pruova contraria; — 2° le altre presunzioni assolute o la confessione giudiziale, le quali cedono *talvolta* a questa pruova contraria, (la confessione infatti può essere distrutta dalla pruova, che colui che confessa fa della sua inesattezza; e la presunzione assoluta la quale non è di ordine pubblico può esserlo con diversi mezzi nei casi dalla legge riservati, e tranne questi casi può sempre esserlo col giuramento o con la confessione); — 3° la presunzione semplice e la scrittura, a fronte delle quali la pruova contraria è *sempre* ammessibile; — 4° la confessione stragiudiziale, la pruova testimoniale e la presunzione di fatto, che, sempre espugnabili altresì con la pruova contraria, sono inoltre pienamente soggette al potere discrezionale del giudice, la cui coscienza può trovarle probanti o non probanti, senza che giammai si possa domandargli conto della sua convinzione a tal riguardo: il secondo di questi tre mezzi è del resto meno potente del primo, perchè non è permesso di ammetterlo che in taluni casi; ed il terzo lo è meno del secondo, poichè il giudice non è mai costretto a ricurrervi; — 5° da ultimo il giuramento suppletorio che è parimenti facoltativo pel giudice, ma che inoltre non può servire che a completare una pruova già cominciata, senza essere di per sè una pruova.

FINE DEL TOMO III.

INDICE

SPIEGAZIONE DEL CODICE CIVILE

LIBRO TERZO

DEI DIFFERENTI MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETA'.

FINE DELL' INDICE DEL VOL. TERZO.

CONSIGLIO GENERALE

DI

PUBBLICA ISTRUZIONE

RIP.° | CAR.°

N.° 6

Oggetto

Napoli 29 Marzo 1856.

Vista la dimanda del Tipografo Giuseppe Siciliani, il quale ha chiesto di proseguire dal terzo Volume in poi la stampa dell' opera intitolata — *Corso di Dritto Civile francese, di Marcadè.*

Visto il parere del Regio Revisore *Signor D. Placido de Luca.*

Si permette che la suindicata opera continui a stamparsi, ma non si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto, nel confronto, essere la impressione uniforme all'originale approvato.

Il Consultore di Stato
Presidente Provvisorio
CAV. CAPOMAZZA

Il Segretario Generale
GIUSEPPE PIETROCOLA

CURIA ARCIVESCOVILE

Se ne permette la stampa per permettersene in seguito la pubblicazione. 15 Luglio 1857.

Nihil obstat — R. LONGOBARDI. *Pel Deputato* LEOPOLDO RUGGIERO Segr.







